Rafael de Oliveira Alves

Direito Administrativo.1
[Projeto e-Mídia]

Belo Horizonte
2012

ALVES, Rafael de Oliveira,
Direito Administrativo.1 [Projeto e-Mídia] /
Rafael de Oliveira Alves. Belo Horizonte, 2012.

ISBN: 978-85-912658-1-7

http://archive.org/details/DireitoAdministrativo1e-mdia

1. Direito. 2. Direito Administrativo. 3. Administração Pública.

CDD: 341.3

Livro em formato A5.
Imprima em Papel A4 Formato folheto.

O **Projeto e-Mídia** pretende pesquisar, desenvolver e compartilhar recursos didáticos para o estudo conteúdos acadêmicos nas modalidades de educação presencial, a distância, ou mista.

As estratégias metodológicas e ferramentas de apoio são pesquisadas em fóruns coletivos, síncronos ou assíncronos, formais ou informais. Credita-se, aqui, a colaboração das reflexões dos membros do grupo **TÉCHNE** – Educação e Mediação Tecnológica.

O desenvolvimento de recursos didáticos apoia-se, preferencialmente, em ferramentas livres (*open source*). Tal opção fundamenta-se em razão da importância das liberdades de uso, de adaptação, de redistribuição e de compartilhamento das inovações a toda comunidade.

O compartilhamento dos recursos didáticos pretende ampliar as possibilidades de construção colaborativa de conhecimento. Por isso, adota-se licença criativa para uso e reuso não comerciais.

Agradeço o envio de críticas e sugestões para continuarmos essa conversa.

Atenciosamente,

Rafael de Oliveira Alves

http://lattes.cnpq.br/0418174624930274

Olá,

Bem vindo ao **Direito Administrativo.1**. Este material foi elaborado a partir de experiências em educação a distância com alunos de Administração Pública da Universidade Federal de Ouro Preto.

Espera-se que este material possa ser apropriado e transformado por todos os interessados em conhecer os fundamentos do Direito, a partir de uma leitura crítica e contextualizada aos problemas brasileiros.

Para tanto, propomos nosso estudo em quatro unidades:

[1] Fundamentos do Direito
[2] Organização Administrativa do Estado
[3] Teoria do Ato Administrativo
[4] Licitações e Contratos Administrativos

Esperamos que você possa refletir sobre os fundamentos e os limites do direito administrativo para a construção de um Estado mais democrático comprometido com a realização dos direitos fundamentais.

Bons estudos,

Prof. Rafael

Unidade 1 Fundamentos do Direito Administrativo

Olá,

Esta Unidade 1 está dividida em:

[a] **Fundamentos do Direito Administrativo**
[b] **Regime Jurídico Administrativo**
[c] **Princípios do Direito Administrativo**

Para orientar nosso estudo, mantenha sempre presente os seguintes questionamentos:

O que é Estado?
O que é interesse público?
Como o Estado se faz presentes no seu cotidiano?

Ao final desta Unidade, você deve estar apto a identificar as diferenças entre regime público e regime privado; e compreender como os princípios administrativos orientam a ação estatal.

Como apoio ao nosso estudo, devemos recorrer a diferentes fontes de informação. Assim sendo, seguem algumas sugestões de leitura para aprofundamento:

Leituras:
CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Salvador: JusPodivm.
DI PIETRO, Mara Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas.
JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva.
MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros.

Bons estudos!

Prof. Rafael

[a] Fundamentos do Direito Administrativo

O **Direito Administrativo** é um campo de estudo que aproveita conceitos de outras disciplinas. Abaixo, anoto uma sequência necessária de disciplinas que vão apoiar o nosso estudo do Direito Administrativo.

Você conhece todos os termos indicados? Procure pesquisar e discutir com colegas.

> **[a]** **Ciência Política**: as teorias sobre o poder; o Contrato Social; legitimidade; as formas de governo etc;
>
> **[b]** **Teoria do Estado**: os elementos do Estado (soberania, território, povo); as formas de Estado (unitário, federal, regional etc); as formas de governo (república, monarquia, aristocracia etc); os regimes políticos (presidencialismo, parlamentarismo etc;
>
> **[c]** **Direito Constitucional**: evolução do constitucionalismo; direitos fundamentais; organização do Estado; controle de constitucionalidade etc;
>
> **[d]** **Direito administrativo**: regime jurídico-administrativos; órgãos e agentes; organização administrativa; atos e processos administrativos; licitações e contratos; formas intervenção do Estado; serviços públicos; etc.

Conceito de Estado

O **Estado** pode ser definido a partir de diferentes abordagens. Neste momento inicial chamo a atenção para os conceitos:

> **[a]** **sociológico**: há uma associação entre o conceito de comunidade ou de nação, em que sujeitos compartilham de elementos comuns pertencimento e mútuo reconhecimento.
>
> **[b]** **político**: os contratualistas são importantes referências para a construção do conceito de Estado. Volte aos seus apontamentos sobre **Hobbes**, **Locke**, **Rousseau**. Por fim, discuta com colegas a **teoria weberiana** sobre as formas dominação tradicional, carismática e burocrática.

[c] jurídico: por este conceito, o Estado é compreendido como uma organização criada a partir do Direito. Assim, o Estado é uma pessoa jurídica criada a partir das normas da Constituição. Essa pessoa jurídica vai se apresentar por meio de diversos nomes reunidos na expressão "Administração Pública".

Leituras:

HOBBES, T. *Leviatã*. São Paulo: Abril, 1983. (Cap. XVII - Das causas, geração e definição de um Estado).

LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994. (Cap. VIII – Do início das sociedades políticas).

ROUSSEAU, J.-J. *Do contrato social*. [S.l.]: Ed Ridendo Castigat Mores, 2002. (Cap. VI – Do pacto social)

KELSEN, H. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (pp.261-275)

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. (Preâmbulo).

Evolução do Estado e dos direitos fundamentais

O estudo do Direito Administrativo requer um prévio conhecimento sobre a **evolução do Estado na Modernidade**. Didaticamente vamos adotar duas abordagens:

[A] Evolução do Estado segundo os direito fundamentais

[a.1] Paradigma do Estado Liberal: Associado às revoluções burguesas; a limitação dos poderes do governante; à afirmação do Estado Nacional; aos direitos individuais e políticos. Reflita sobre o art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

[a.2] Paradigma do Estado Social: Surge a partir da crítica sobre a liberdade liberal que não conduzia ao desenvolvimento da sociedade. Os movimentos sociais tiveram importante papel de reivindicação de um Estado provedor e na proposição de novos direitos. Discuta o art. 6º da Constituição Federal.

[a.3] Paradigma do Estado Democrático: Este novo

paradigma surge pela insuficiência das liberdades individuais e dos direitos sociais, que não consideravam o cidadão como um sujeito relevante para as decisões políticas. Surgem os direitos de participação, a democracia participativa e os direitos difusos. Você já participou de alguma "audiência pública"?Você já pediu cópia de algum documento público? Conheça a Lei 12.527?2011.

Leituras:
ASSY, B. A.; ALVES, R. *Ideologias mundiais.* Rio de Janeiro: Faculdade de Direito. FGV, 2005. Disponível em: http://academico.direitorio.fgv.br/
SCHOOLLAND, K. *A Filosofia da Liberdade.* Disponível em: http://youtu.be/_MK17YF8wz8
LEONARD, Annie. *A história das coisas.* Disponível em: http://www.sununga.com.br/HDC/index.php?topico=display

[B] Evolução do Estado e dos modelos de organização

[b.1] Patrimonialismo: O Estado patrimonial tem suas raízes no modelo absolutista, em que não havia uma distinção entre os bens e do governante e os bens do Estado. Os interesses do governante coincidiam com os interesses do Estado. Esse sistema permaneceu ao longo do tempo por meio das "práticas patrimoniais", da apropriação privada de bens públicos, da improbidade administrativa, etc. Quais vantagens pessoais você já obteve de algum servidor público?

[b.2] Burocracia: O Estado burocrático coincide com o conceito de Estado de Direito, isto é, um Estado construído e orientado a partir de normas jurídicas. A inovação do Estado burocrático está em uma racionalidade objetiva da organização e profissionalização de seu corpo de agentes. Max Weber é um dos principais teóricos. Quais são as principais características do sistema burocrático?

[b.3] Estado Gerencial: É um modelo de Estado orientado por novos processos de gestão. A busca pela eficiência dos processos e obtenção de resultados são as guias de reestruturação estatal. As reformas do Estado na década de

> 1990 no Brasil e as novos vínculos entre Estado, mercado e sociedade são temas essenciais para compreensão do Estado gerencial. Conheça os programas de modernização dos governos federal e estaduais.

Leituras:

CARVALHO, J. M. De. Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual. *Dados*, v. 40, n. 2, 1997. Disponível em: www.scielo.org

GIGLIOLI, P. P. Burocracia [verbete]. In: BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO (ORGS.) (Ed.). *Dicionário de política1.* Brasília: UnB, 998.

WEBER, M. *Que es la burocracia?* [S.l.]: El Aleph, 2000. disponível em: http://www.ucema.edu.ar/

PEREIRA, L. C. B. *Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública.* Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/

Objetivos do Estado brasileiro

O **Estado** brasileiro tem seus **objetivos fundamentais** expressos no art. 3º da Constituição Federal:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
> Para alcançar esses objetivos o Estado constrói suas **políticas públicas**.

Você consegue identificar uma política política públicas para cada um dos objetivos?

http://blogs.mediapart.fr/

[b] Regime Jurídico-administrativo

O Público e o privado

O regime jurídico-administrativo pode ser apresentado, sucintamente, como o conjunto de normas que orientam a atuação do Estado. Contudo, para nosso estudo devemos considerar os conceitos de:

> **[a]** **Privado**: é o espaço da casa, das relações familiares, das relações de autoridade, da produção econômica etc;
>
> **[b]** **Público**: é o espaço da política, do Estado, das relações de cidadania e de igualdade etc.

Se no **modelo clássico**, o público e o privado apresentavam distinções marcantes, na **modernidade** esses campos começam a apresentar cada vez mais interseções.

As **revoluções burguesas** contribuíram para a queda de **regimes absolutistas** e para a formação do **Estado Nacional**. Em sua evolução, o Estado começa a cuidar de assuntos tipicamente privados: *economia, propriedade, família, relações de trabalho, entretenimento etc.*

Essa mudança não invalida o originário **Contrato Social**. O Contrato Social é uma justificativa do poder estatal, que pressupõe uma **vontade geral**, distinta das vontades individuais, particulares, privadas. A vontade geral sempre visa ao **bem comum** de todos os indivíduos. E, ao passar dos anos, essa vontade geral alterava-se para acrescer novas funções ao Estado.

E para garantir a estabilidade das relações, a vontade geral é inscrita na **lei**. Assim, associamos o conteúdo da **lei** ao conteúdo da **vontade geral**. E não admitimos que a vontade particular prevaleça sobre a vontade geral. Assim, nasce, para nós, o princípio da **supremacia do interesse público**.

Leituras:
ROUSSEAU, J.J. *Do contrato social.* Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/ (Cap. III)
MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: MALHEIROS, 2010. Cap. 1.

Interesse Público

Todavia, o Estado começa a se ocupar cada vez mais dos assuntos privados, ou seja, criar regulamentos e intervir na seara privada. Procure identificar normas jurídicas e políticas públicas de:

- **[a] economia**
- **[b] família**
- **[c] propriedade**
- **[d] liberdade**
- **[e] trabalho**

Lembre-se de que o Estado Nacional moderno nasce como **Estado liberal** e como **Estado mínimo**, ao qual não é autorizado intervir nos campos da liberdade e da propriedade privada.

O interesse público, inicialmente, é o de limitar o poder do Estado e garantir a máxima liberdade e propriedade. Contudo, o Estado passa a identificar o interesse público com o **interesse estatal**, isto é, interesse de manutenção da própria organização estatal.

Aqui, observamos um distanciamento entre o Estado e a vontade geral. Essa crítica sobre as mudanças do conteúdo do interesse público atinge seu clímax em regimes autoritários, que utilizam o conceito de "interesse público" para legitimar "interesse particulares".

Todavia a **evolução do Estado**, de liberal a social, e depois democrático, conduz a uma nova conceituação de interesse público.

O interesse público passa a ser associado a **efetividade de direitos fundamentais**. Logo, o Estado deve buscar construir políticas

públicas positivas para a prestação de serviços públicos. O art. 6º da Constituição exemplificam esse novo conceito de interesse público:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O **interesse público** é, também, revisto a partir do conceito de **função social**.

[a] função social da propriedade (CF, art. 5º, XXIII);
[b] função social da propriedade urbana (CF, art. 182§2º);
[c] função social da propriedade rural (CF, art. 186);
[d] função social das empresas estatais (CF, art.173, I);
[e] função social dos contratos (Código Civil, art. 421).

Quando das eleições periódicas, qual é o **interesse público** em disputa? Por que os partidos políticos divergem sobre o que é o interesse público? Os partidos políticos são expressões da vontade geral? Seu voto é importante para a formação da vontade geral? O seu interesse particular coincide com o interesse público?

O titular do interesse público

O Estado brasileiro é fundado a partir da **soberania popular**:

> **CF, art. 1º**, parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Desse modo, o interesse público é constituído por meio de instrumentos de **democracia representativa** e de **democracia participativa**.

Como é definido o interesse público pela democracia representativa? Como é definido o interesse público pela democracia participativa? Você participa da democracia representativa? E da democracia participativa?

Para nosso estudo é importante compreender que o **titular do poder** é o **povo**. O Estado é mero **gestor dos interesses**. Logo, não haveria

vontade própria ao Estado; somente a vontade geral, formada pelo povo.

Desse conceito, deduz todo o fundamento da Administração Pública como **gestora do interesse pública**.

Aplica-se aqui a **teoria da representação**: em que o Estado recebe poderes especiais por meio de um mandato concedido pelo titular do interesse (povo).

Assim, todo gestor público não exerce poderes em nome próprio, mas em favor de um interesse público. O gestor público não tem autonomia da vontade própria; ao contrário, o gestor público está submetido à vontade geral, ao interesse público, à lei.

Leituras:
MATEOS. A construção da democracia participativa. In: IPEA. *Revista Desafios do desenvolvimento*, ano 8, nº 65, pp18-33. Disponível em: http://desafios2.ipea.gov.br/
CARVALHO, R. M. U. De. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. Salvador: JusPodivm, 2008. Cap.1.
MOREIRA NETO, D. de F. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Indisponibilidade do interesse público

Como visto, o interesse público pertence ao povo, à sociedade. Portanto, o Estado não pode alterar o interesse público. Para garantir a permanência do interesse público, temos regras especiais para a proteção do patrimônio público e de responsabilização dos gestores públicos. Veja alguns exemplos de **indisponibilidade do interesse público**:

Inalienável: **Código Civil, art. 100**. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Impenhorável: **CF, art. 100**. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de

sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Imprescritível: **CF, art. 183 3º** - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. **CF, art. 191, parágrafo único**. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. **Código Civil, art. 102**. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Não tributável: **CF, art. 150**. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros

Leituras:
ROCHA, S. L. F. Da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.
PIETRO, M. S. Z. DI. Função social da propriedade pública. *REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 6, 2006.

Direito Público e Direito Privado

Didaticamente, dividimos o estudo jurídico entre direito público e direito privado. Cada qual tem princípios e regras próprias. Nesta nossa reflexão vamos distinguir dois regimes jurídicos:

[a] Regime de direito privado: liberdade, autonomia da vontade, livre iniciativa etc.

No campo das relações privadas (civis), impera o princípio da autonomia da vontade e livre iniciativa. Ou seja, compete ao indivíduo decidir sobre seus interesses privados e executar ações desde que não sejam proibidas expressamente por lei. Quem decidiu que você deveria cursar Administração Pública na UFOP? Quem decide o programa de entretenimento que você terá no domingo? Quem decide o valor de seu salário?

[b] Regime jurídico administrativo: legalidade, discricionariedade, interesse público etc

No campo do direito público, nas relações que envolve o Estado, impera o princípio da legalidade, ou seja, não há liberdade para agir.

O Estado somente atua se e conforme a lei determinar. Toda a ação do Estado deve estar previamente definida em normas jurídicas. Quem define o valor do imposto de renda? Quem decide a declaração de calamidade pública? O presidente da república é livre para seu horário de expediente? Um fiscal de trânsito pode exigir o pagamento de taxas?

Leituras:
VENOSA, S. de S. Direito Civil - Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1(pp. 73-75.)

O objeto do Direito Administrativo

Em uma palavra, o objeto do direito administrativo é a **função administrativa**. Mas o que é a função administrativa?

Você deve lembrar da **teoria da divisão dos poderes**. Por essa teoria, os poderes do Estado não devem estar concentrados em um único órgão. Por isso, a Constituição Federal organizou o Estado a partir de três poderes constituídos:

> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o **Legislativo, o Executivo e o Judiciário.**

Para cada Poder foi entregue uma **função típica**. O Poder Legislativo exerce a função legislativa, de criar normas jurídicas e fiscalizar os outros poderes. O Poder Judiciário cumpre a função de resolver os conflitos jurídicos entre os sujeitos. Por fim, o Poder Executivo executa as leis aprovadas pelo Legislativo.

Para o nosso estudo, vamos nos concentrar sobre o **objeto do Direito Administrativo** que vem a ser também o **objeto da Administração Pública**: executar a função administrativa. Essa função administrativa pode ser identifica por:

> **[a]** **Critério subjetivo**: toda ação do Estado, suas entidades e seus agentes;
> **[b]** **Critério objetivo**: toda ação material de cumprimento da lei ou de política pública;
> **[c]** **Critério formal**: toda ação regulada pelo regime jurídico administrativo.

Vamos dar especial atenção ao **regime jurídico administrativo**, que regula toda a ação do **Estado** para o cumprimento do **interesse público**.

Leituras:
CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo.* 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Cap. 1.

[c] Princípios Gerais da Administração Pública

Princípio da legalidade

O art. 37 da Constituição Federal assim prescreve:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade**, **impessoalidade**, **moralidade**, **publicidade e eficiência** (...)

Esses são os **princípios constitucionais da Administração Pública**. São esses cinco princípios que fundamentam o regime jurídico administrativo e desses princípios decorrem todas as regras de direito administrativo. Por isso, é fundamental compreendermos o conteúdo de cada princípio e seu mecanismo de funcionamento.

O **Princípio da Legalidade** é dedução imediata do conceito de **Estado de Direito**. Esse modelo de Estado de Direito foi consolidado na Modernidade a partir das revoluções burguesas em oposição ao absolutismo.

Antes, no **regime absolutista**, o governante era sagrado e estava acima da lei e dos súditos, detinha o poder de determinar as regras e os interesses de toda a nação.

Agora, no **Estado de Direito**, as regras seriam impostas a partir da coletividade, especialmente, por seus representantes eleitos para o Poder Legislativo, que detém a função de dizer o que é direito, quais são os poderes e limites do poder, quais são os direitos e deveres do cidadão.

É, pois, dessa oposição entre **poder absolutista** e **poder limitado pelo direito**, que devemos compreender o Estado de Direito. O **Estado de Direito** é o Estado do poder limitado pela legalidade. Enfim, todas as ações do Estado estão submetidas ao Direito.

Para nosso estudo é importante observar o **Princípio da Legalidade** ligado diretamente ao modelo de **organização burocrática**.

A racionalidade, a organização e a segurança do modelo burocrático têm fundamento na previsão da lei. Toda ação é previamente regulada pela lei, diferentemente do campo privado em que impera a autonomia da vontade e a livre iniciativa.

O **Princípio da Legalidade**, apesar do nome, quer dizer que toda a ação do Estado deve ser em **conformidade com o Direito**. Direito esse que pode ser apresentado na Constituição, em Tratados internacionais aprovados, leis complementares, leis ordinárias, decretos, resoluções, instruções normativas, portarias etc.

O que conforma o Princípio da Legalidade será sempre um **conteúdo normativo público formal**. Toda norma formalmente produzida pelo Estado segundo procedimentos previamente definidos em lei.

Em conclusão: toda ação do Estado e de seus agentes devem ter **fundamento legal**, ou fundamento jurídico.

O Estado não pode atuar se não houver autorização expressa.

Não há dentro do Estado ou para os seus agentes a **"autonomia da vontade"**.

A vontade do Estado é a **"vontade da lei"**.

Ou seja, a vontade geral que foi formalmente inscrita em lei.

Para proteger o cidadão contra a violação do Princípio da Legalidade, a Constituição assegura:

> **CF, art. 5º, LXVIII** - conceder-se-á **"habeas-corpus"** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, **por ilegalidade ou abuso de poder**;
>
> **CF, art. 5º, LXIX** - conceder-se-á **mandado de segurança** para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela **ilegalidade ou abuso de poder** for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;
>
> **CF, art. 74 §2º** - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da

> lei, **denunciar irregularidades ou ilegalidades** perante o Tribunal de Contas da União

Ao lado do conceito de **legalidade** (conformidade com o direito) você deve adotar o conceito de **legitimidade**, (argumento reconhecidamente válido para justificar o uso do poder).

Reflita sobre legalidade e legitimidade segundo os tipos ideais de:

[a] **dominação tradicional**
[b] **dominação carismática e**
[c] **dominação burocrática**.

Leituras:
MOREIRA NETO, D. de F. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Cap. 1.
WEBER, M. *Economia e sociedade*. Brasília/São Paulo: UnB/Imprensa Oficial, 2004. Cap. IX.

Princípio da impessoalidade

O **Princípio da Impessoalidade** é decorrência direta do **Estado de Direito** e do **Princípio da Legalidade**.

A lei na modernidade é geral e aplicável a todos os sujeitos. Essa carácter geral da lei somente é possível de ser aplicado se todos os sujeitos são iguais. Assim, há uma ligação direta entre a **igualdade formal** e o **Estado de Direito**.

Lembre-se de que muitos regimes absolutistas consideravam o monarca detentor de uma natureza divina e havia uma divisão social em **estamentos**. Ademais, os direitos eram *benesses* do rei aos seus *súbditos*. Havia, portanto, uma hierarquia entre o governante e o governado.

A fundação do Estado nacional rompe com os estamentos e passa a considerar todos os sujeitos iguais perante a lei:

> **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**, de 1789, art.1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

> **CF, art. 5º - Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)

Essa **"igualdade formal"** afasta o tratamento desigual justificado por qualidades pessoais.

Para compreender as dificuldades de aplicação do **Princípio da Impessoalidade** considere em suas reflexões o histórico do **patrimonialismo e da burocracia**.

O **patrimonialismo** é uma forma de organização do Estado que não considera a distinção entre os interesse públicos e os interesses privados dos governantes. De tal modo, que os interesses privados apropriam-se dos bens públicos.

Diferentemente, a **organização burocrática**, segundo a teoria weberiana, apresenta uma **racionalidade legal**, que estabelece um tratamento uniforme e impessoal a todos os cidadãos. Os agentes públicos são orientados pela lei - e não mais pelos vínculos pessoais ou afetivos.

Uma característica do modelo weberiano de **burocracia** é o **profissionalismo** dos servidores públicos. Tal característica é obtida por meio do Princípio da Impessoalidade e da regra do concurso público:

> **CF, art. 37, II** - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Em clara violação do Princípio da Legalidade e da regra do concurso público, a prática do **nepotismo** privilegiava pessoas com vínculos afetivos.

Para pacificar o entendimento de que a prática de nepotismo é contrária à Constituição, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

> **SÚMULA VINCULANTE Nº 13** A nomeação de cônjuge,

> companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, a autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Você conhece parentes de autoridades que exercem cargos de direção, chefia ou assessoramento? Você contrataria um parente ou um amigo trabalhar com você? Quais são os argumentos a favor do nepotismo? Leia os argumentos de Severino Cavalcanti.

Tente discutir as diferenças entre o **"súdito"** e o **"cidadão"**.

E quais as diferenças entre **"direito"** e **"privilégio"?**

Explore exemplos em que o gestor público cumpre a lei mas favorece seus amigos e parentes:

> **Lei 4717/65**, **art. 2º**, **parágrafo único**, **e)** o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Para ampliar seus argumentos sobre **igualdade**, **impessoalidade**, **patrimonialismo**, reflita:

> "**as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza**"

Leituras:

SANTOS, B. de S. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 39, 1997.
ROVAI, Renato. Por trás das máscaras de Guy Fawkes. *Revista Fórum*, n. 101, agosto/2011. Em: http://www.revistaforum.com.br/

A moralidade que interessa ao direito administrativo é o **padrão ético de comportamento público**.

Por isso você deve diferenciar o que é **Moral** e o que é **Ética**.

> Você consegue compreender o conteúdo e o campo de atuação de cada um desses termos?
> Quais são os espaços em que a moral prevalece?
> Como são construídos os elementos da ética?
> Por que algumas condutas clientelistas antes eram aceitas pela sociedade e hoje não o são?
> A vida privada do governante é relevante para o princípio da moralidade?
> Quais são os atributos da burocracia que garantir o princípio da moralidade?

No Direito Administrativo discutimos o conceito de **Improbidade Administrativa**:

> **CF, art. 37 § 4º** - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Para aprofundar seu entendimento, leia arts. 9º, 10 e 11 da **Lei 8429/92** e dos arts. 1º e 4º do **Decreto-lei 201/67**.

Volte a conceito de **nepotismo** e discuta seus **limites éticos**.

> Quando a contratação de parentes para cargos públicos é justificável?
> A **confiança** é um **critério subjetivo** ou um **critério objetivo**?
> Como a burocracia garante a "**confiança**"?

Conheça a Comissão de Ética Pública Federal e discuta com seus colegas os principais questões cotidianas do gestor público sobre comportamento ético aceitável:

> I – Presentes e Brindes
> II - Seminários e Outros Eventos
> III - Conflitos entre Autoridades

IV - Propostas de Emprego
V - Hospedagem
VI - Rendimento de Assessores
VII - Investimentos
VIII - Quarentena
IX - Eleições
X - Atividades Paralelas
XI - Uso de Veículos Oficiais
XII - Declaração Confidencial de Informações
XIII - Clareza de posições
XIV - Partidos políticos
XV – Nepotismo e Compadrio
Fonte: http://etica.planalto.gov.br/perguntas_freq

Leituras:
BRASIL. Presidência da República. Comissão de Ética Pública. *Perguntas e Respostas.* Disponível em: http://etica.planalto.gov.br/.arquivos/legislacao/perguntas-e-respostas-18.12.pdf
DITTO, Peter et alli. *Your morals.* Disponível em: http://www.yourmorals.org/explore.php

Princípio da publicidade

O Princípio da Publicidade orienta a Administrativa porque estamos em um **Estado de Democrático de Direito**.

A **democracia** é um regime em que os sujeitos são detentores do poder político. Em outras palavras, o povo é o **titular da soberania**, e, portanto, tem o direito de conhecer todas as ações feitas em seu nome.

Publicidade formal: a publicidade formal é garantida pela publicação dos atos oficiais no Diário Oficial da União. Veja as regras do art. 21 da Lei 8666/93 para publicação de editais de licitação.

Avalie a sua compreensão sobre os atos publicados na edição de hoje do Diário Oficial da União.

Publicidade material: contudo, a publicação dos atos não garante que o cidadão conhecerá seu conteúdo. Há, pois, a

necessidade de buscar outras formas de levar as informações ao conhecimento do cidadão.

Veja o exemplo do Portal da Transparência.

Você conhece outras formas de conhecer o dia a dia do Estado? Você ouve a "Voz do Brasil" às 19h00? Você acompanha o presidente no Twitter? Você confia na informação dos meios de comunicação?

Reflita sobre os dispositivos constitucionais e sua aplicabilidade no dia a dia da Administração Pública:

> **CF, art. 5°, XXXIII** - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;
>
> **CF, art. 5°, LXXII** - conceder-se-á "habeas-data": a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
>
> **CF 37§ 1º** A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Todavia, como todo princípio, o da publicidade não é absoluto. E diante do **direito à intimidade** deve buscar outras formas de publicidade:

> **CF, art. 5° X** São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Observe que o direito à informação, previsto no art. 5, inciso XXXIII, pode ser limitado pelo **sigilo**. Mas o sigilo não é uma decisão subjetiva. Somente pode ser adotado com fundamento legal.

Leituras:
BRASIL. Lei 12. 527, de 18 de novembro de 2011. *Regula o acesso à informação.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/
BRASIL. Controladoria Geral da União. *Portal Acesso à Informação.* Disponível em: http://www.cgu.gov.br/acessoainformacaogov/

Princípio da eficiência

O Princípio da eficiência foi inserido no *caput* do art. 37 pela Emenda Constitucional 19 de 1998, dentro do contexto de reforma do Estado.

Para compreender a reforma do Estado leia a exposição de Bresser Pereira.

Esse novo modelo de **Estado gerencial** surge a partir de uma crítica burocracia. Mais especificamente, uma crítica às **disfunções da burocracia**.

Espero que você consiga apresentar as características do **conceito weberiano de burocracia** e as características do **senso comum de burocracia**. Sobre esse debate, cresceram, à época, as propostas de

redução das funções do Estado;
delegação de serviços públicos à iniciativa privada;
alienação de bens públicos;
orientação de recursos públicos para o funcionamento de organizações privadas.

Discuta com colegas tais propostas e seus efeitos na Administração Pública. Reflita, ainda, sobre três conceitos e sua aplicação:

[a] **Eficácia**: relacionado a obtenção de um fim previamente definido. É consequência do **Princípio da Legalidade**. O risco é que a eficácia reduza-se a mero formalismo.

[b] **Eficiência**: obtenção de resultados em uma relação ótima entre os meios empregados e os fins pretendidos. Há uma orientação para a busca de qualidade nos processos. Está ao lado do Princípio da **Razoabilidade** e da **Proporcionalidade**. Há um risco da eficiência considerar apenas variáveis econômicas.

[c] **Efetividade:** está presente quando o Estado atende ao interesse público conforme esperado pelo conjunto da sociedade. A efetividade está, portanto, próxima da **legitimidade** e do reconhecimento público.

A Constituição aponta a necessidade de controlar a **legalidade** e a **legitimidades** da ação estatal:

> **CF, art. 70.** A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à **legalidade**, **legitimidade**, **economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.
>
> **CF, art. 74.** Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: (...)
>
> II - comprovar a **legalidade** e avaliar os resultados, quanto à **eficácia e eficiência**, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

Leituras:

PEREIRA, L. C. B. *Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública.* Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

ARAÚJO, V. de C. *A conceituação de governabilidade e governança, da sua relação entre si e com o conjunto da reforma do Estado e do seu aparelho.* . Brasília. Em: <http://www.enap.gov.br/>, 2002.

Reflexões

Uma música

> “**Muito obrigado**”, de Mundo Livre S/A
>
> “Quem precisa de ordem pra moldar? Quem precisa de ordem pra pintar? Quem precisa de ordem pra esculpir?

Quem precisa de ordem pra narrar? Quem precisa de ordem? (...)” http://letras.terra.com.br/mundo-livre/565230/

A partir da música, reflita sobre as diferenças entre **público** e **privado** e identifique os **princípios do direito administrativo**.

Um caso

Leia o caso abaixo com atenção em conjunto com seus colegas.

Procure expor de forma objetiva **quais e por que os princípios do regime jurídico-administrativo foram violados?**

Para auxiliar seu trabalho recomendo a leitura dos arts. 9º, 10 e 11 da **Lei 8429/92** e dos arts. 1º e 4º do **Decreto-lei 201/67**.

TJSP Apelação Cível 70002208924/2001 Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Comportamentos ilícitos.

(...) A inicial aponta os fatos que ensejaram a presente ação, sendo eles:

primeiro - no ano de 1995, CARLOS (...), na condição de Prefeito Municipal, determinou a construção de uma cancha reta para carreira de cavalos em sua propriedade com a utilização de bens, funcionários e recursos públicos;

segundo - CARLOS (...), CRISTIANO (...), ÉRICO (...) E ARTHUR (...), através de bilhetes e telefonemas, portanto sem licitação ou qualquer outro procedimento formal, autorizavam abastecimento de combustível em carros particulares, que tiveram como beneficiários, além do próprio CRISTIANO (...) e ARTHUR (...) (respectivamente, filho e genro do ex-Prefeito), MOISÉS (...), NILSON (...), ALCIR (...), MANOEL (...), SÍLVIA (...), GILSON (...), BOAVENTURA (...), RENATO (...), JOÃO (...) e ELAINE (...) (companheira do ex-Prefeito), valores a serem pagos com

verba pública;

terceiro - CARLOS (...), em novembro e dezembro de 1994 e janeiro e março de 1995, autorizou que fossem realizados pagamentos além dos efetivos vencimentos a si próprio e aos funcionários ANDRÉIA (...), CRISTIANO (...), ELISETE (...), LUÍS (...) e VIVIANE (...);

quarto - CARLOS (...), prevalecendo-se de sua condição de Prefeito Municipal, alegando quebra de caixa, requereu junto ao proprietário da empresa Cunha & Grill Ltda., que suspendesse o fornecimento de produtos referentes ao empenho nº 02330, pedindo de volta a quantia de R$ 513,00 (quinhentos e treze reais), valor este desviado em seu proveito;

quinto - ÉRICO (...), assessor especial e responsável pelo setor de compras, apropriou-se de um cheque no valor de R$ 1.761, 36 (um mil, setecentos e sessenta e um reais e trinta e seis centavos), depositando-o em sua conta particular, deixando de saldar o débito da Prefeitura com a empresa Auto Peças Armélio Wingert Ltda (...)

Unidade 2 Organização Administrativa do Estado
Direito Administrativo.1
[Projeto e-Mídia]

Olá,

Na **Unidade 1** você conheceu os fundamentos do Direito Administrativo e o Regime Jurídico Administrativo.

Nesta Unidade 2 vamos estudar como a **função administrativa** demanda a construção de **estruturas administrativas** variados necessários para a realização dos **objetivos do Estado**.

Lembre-se de que são os **Princípios do Regime Jurídico Administrativo** que vão orientar toda a **Organização Administrativa do Estado**.

Esta Unidade 2 está dividida em:

> **[a] Fundamentos da Organização Administrativa do Estado**
>
> **[b] Administração Pública Direta**
>
> **[c] Administração Pública Indireta**
>
> **[d] Novos vínculos da Administração Pública**

Para orientar nosso estudo, mantenha sempre presente os seguintes questionamentos:

> Qual deve ser o tamanho do Estado?
>
> Por que é necessário construir estruturas administrativas públicas?
>
> Quais as finalidades de cada estrutura administrativa?

Ao final desta Unidade, você conseguirá distinguir os processos que orientam a organização do Estado, bem como diferenciar os arranjos da Administração Pública Direta, Indireta e os novos vínculos.

Prof. Rafael

Órgão e pessoa

Inicialmente você precisa conhecer algumas distinções jurídicas básicas:

Pessoa natural

> **Código Civil, art. 2º** - A personalidade civil da pessoa [natural] começa com o nascimento com vida (...)
>
> **Código Civil, art. 6º** - A existência da pessoa natural termina com a morte (...)

Pessoa jurídica

> **Código Civil, art. 40** - As pessoas jurídicas são de direito público, interno e externo, e de direito privado
> **Código Civil, art. 41** - São pessoas jurídicas de **direito público interno**:
> I - a União;
> II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
> III - os Municípios;
> IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;
> V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.
> **Código Civil, art. 44** - São pessoas jurídicas de **direito privado**:
> I - as associações;
> II - as sociedades;
> III - as fundações.
> IV - as organizações religiosas;
> V - os partidos políticos.

Você consegue identificar um exemplo para cada um dos incisos dos arts. 41 e 42? Qual é o órgão administrativo que tem personalidade jurídica? Existem sujeitos de direitos sem personalidade jurídica?

Leituras:
MELLO, C. A. B. De. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: MALHEIROS, 2010. Cap. III.
FIÚZA, C. *Direito civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Cap. IV. Item 9.

Entes político-administrativos

A **Constituição Federal** orienta a construção da Organização Administrativa do Estado:

> **Art. 18.** A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Temos, aí, que o Estado brasileiro adota o **Federalismo**, com três esferas político-administrativo:

- **[a] União**
- **[b] Estado-membro**
- **[c] Município**

Esses entes político-administrativos **tem**

- **[1] autonomia política**
- **[2] autonomia administrativa e**
- **[3] autonomia financeira.**

Você consegue diferenciar essas três autonomias?

Leituras:

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; SOUZA, Tatiana Ribeiro de. *Federalismo.* Belo Horizonte: 2011. Disponível em: http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2011/06/428-federalismo-livro-parte-1.html

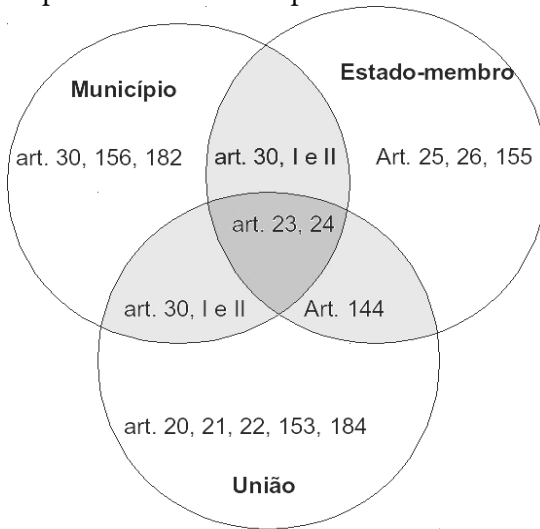
ZIMMERMANN, A. *Teoria geral do federalismo democrático.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

VENCESLAU, Pedro. Um outro mapa do Brasil. *Revista Fórum*, n. 100, julho, 2011. Disponível em: http://www.revistaforum.com.br/conteudo/edicao_materia.php?codEdicao=100

Competências constitucionais

Importante compreender que **não há uma hierarquia** entre os entes político-administrativos.

E, para se evitar o conflito entre eles, a Constituição Federal distribuiu as **competências legislativas** e as **competências executivas** entre União, estados e municípios da seguinte forma:

art. 22 Competências legislativas privativas da União
art. 21 Competências executivas exclusivas da União
art. 23 Competências executivas comuns a União, aos estados-membros e aos municípios
art. 24 Competências legislativas concorrentes a União, aos estados-membros e aos municípios
art. 25 Competências executivas dos Estados-membros
art. 30 Competências dos municípios

Você poderia listar três competências executivas para cada um dos entes da federação?

Leituras:

ALMEIDA, F. D. M. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; SOUZA, Tatiana Ribeiro de. *Federalismo*. Belo Horizonte: 2011. Cap. 22 Distribuição de competências. Disponível em: http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/

Evolução do Estado brasileiro

Para conhecer a evolução e a sobreposição dos processos de Organização Administrativa do Estado Brasileiro, leia:

COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública, v.* 42, n. 5, Rio de Janeiro, set/out, 2008.

1. Introdução
2. Administração colonial portuguesa
3. A construção do Estado nacional
4. A República Velha
5. A "burocratização" do Estado nacional
6. O nacional desenvolvimentismo
7. A modernização autoritária
8. A reforma administrativa da Nova República
9. A reforma do governo Collor
10. A reforma Bresser
11. O modelo conceitual
12. Os instrumentos de intervenção
13. Considerações finais – síntese histórica

[b] Administração Pública Direta

Processos de Organização administrativa

São três os processos, sucessivos e sobrepostos, na evolução da organização administrativa do Estado:

A - Processo de centralização

B - Processo de desconcentração

C - Processo de descentralização

C1 - Descentralização Política

Federal
Regional
Autonômica

C2 - Descentralização Territorial

RIDE
Regiões metropolitanas
Consórcios públicos

C3 - Descentralização Funcional

Autarquia
Fundação
Empresa
*contrato de gestão, acordo de resultados

C4 - Descentralização por colaboração

Contrato de gestão

Concessão, permissão, autorização

Convênios

Leituras

CARVALHO FILHO, J. dos S. Manual de direito administrativo. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Cap. IX

CARVALHO, R. M. U. De. Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração. Salvador: JusPodivm, 2008. Cap. VI e VII

Órgãos da Administração Pública Direta

Teoricamente, há uma sucessão entre os processos de **centralização** e de **desconcentração**.

Por um primeiro processo de desconcentração ocorre com a criação dos **órgãos autônomos** - todos eles criados diretamente pela Constituição Federal. :

[a] **Poder Legislativo**;
[b] **Poder Judiciário**; e
[c] **Poder Executivo**

Desse modo, Congresso Nacional, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Tribunais, e outros, são todos órgãos autônomos de uma só **pessoa jurídica de direito público interno**: a União.

Avançando sobre o processo de desconcentração, a União cria diversos **órgãos**, que são estruturas internas à sua pessoa, mas, **sem personalidade jurídica**.

Portanto, o órgão não detém direitos e deveres tampouco pode estabelecer negócios jurídicos autonomamente.

Todos os órgãos são criados por meio de **lei**.

> **CF, art. 48**. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República (...) **IX** - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal;

Aqui vemos o **princípio da legalidade** em sentido estrito: **princípio da reserva legal**. Somente é possível **criar e extinguir órgãos** por meio da aprovação de uma **lei específica.**

Importante alertar que o Poder Executivo não pode criar novas estruturas ou extinguir as existentes por meio de **decreto**:

> **CF, art. 84**. Compete privativamente ao Presidente da República: VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

Por fim, em razão da **independência e harmonia** entre os poderes (**CF, art. 2º**), cada um dos poderes autônomos têm a exclusividade de **iniciativa de lei para a organização** de sua própria estrutura administrativa:

> **Poder Executivo (CF, art. 61§1IIe);**
> **Poder Judiciário (CF, art. 96, II, c, d);**
> **Ministério Público (CF, art. 127§2º**
> **Câmara dos Deputados (CF, art. 51, IV);**
> **Senado Federal (CF, art. 52, XIII)**

Desconcentração e hierarquia

As estruturas da Administração Pública Direta são geradas a partir de um **processo de desconcentração**.

Há um pressuposto de que a desconcentração permite uma especialização das funções, o que favorece a burocracia e ganhos de eficiência.

Você sabe correlacionar as **características da burocracia** e do **princípio da eficiência?**

Para diferenciar a Administração Pública Direta, devemos observar se há **vínculo hierárquico**: entre duas estruturas.

O **Vínculo Hierárquico** pressupõe o exercício direto da autoridade, do comando, do controle, da revisão, do regime disciplinar.

Há hierarquia entre dois órgãos quando a decisão de um órgão possa ser legalmente revista por outro superior.

Veja o [art. 56 da Lei 9784/99](#).

Organização hierárquica

O principal critério para a organização Administrativa do Estado é a vinculação hierárquica. Consulte o organograma do Governo Federal e pesquise por estruturas simétricas aos órgãos federais em seu município:

http://www.siorg.redegoverno.gov.br/Presidencia/PRESIDENCIA_HL_frame.htm

Organização por atividade

A Organização Administrativa do Estado pode ser compreendida a partir de seus setores de atuação:

> **[a] Atividades de Governo**:consulte a Constituição Federal, art. 76Ss; Casa Civil, Advocacia Geral da União, Controladoria Geral da União, Ministério da Defesa etc.
>
> **[b] Atividades da Ordem Social**: consulte a Constituição Federal, art. 6º e 193ss; Ministério da Educação, Ministério da Saúde, Ministério da Previdência Social etc
>
> **[c] Atividades da Ordem Econômica**: consulte a Constituição Federal, art. 170Ss; Ministério da Fazenda,

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Indústria, Comércio e Inovação etc

[d] Atividades de Infraestrutura: consulte os capítulos da Ordem Econômica; Ministério das Cidades, Ministério dos Transportes, Ministério da Integração Nacional etc.

Identifique as estruturas municipais simétricas à organização federal.

Dispositivos legais

A Organização Administrativa do Estado é feita em primeiro lugar pela Constituição Federal.

Consulte a Constituição Federal e anote os temas tratados nos capítulos do **Título III - Da Organização do Estado**:

Capítulo I: ....
Capítulo II: ....
Capítulo III: ....
Capítulo IV: ....
Capítulo VI: ....
Capítulo VII: ....

Na década de 60, tivemos um importante marco na Organização Administrativa do Estado: o **Decreto-lei 200/1967**.

Leia os **arts. 4º ao 14** e faça as anotações sobre os conceitos apresentados.

Todavia, o Decreto-lei 200/1967 perdeu em muito sua atualidade devido ao avanço dos processos de organização do Estado. Especialmente, com a superveniência da **Constituição, em 1988**, e das **reformas da década de 1990**, o arranjo administrativo estatal sofreu modificações que, hoje, pedem uma nova **Lei Orgânica da Administração Pública**.

Leituras:

BRASIL. Ministério do Planejamento, Gestão e Orçamento. [Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 426/2007/MPOG]. *Anteprojeto de Lei orgânica da Administração Pública.* Disponível em: http://www.gespublica.gov.br/anteprojeto-de-lei-organica/consulta-publica-sobre-o-anteprojeto-de-lei-organica

Hierarquia e supervisão

Na **Administração Pública Direta** há **vínculo hierárquico**, que pressupõe o exercício direto da autoridade, do comando, do controle, da revisão, do regime disciplinar.

Há hierarquia entre dois órgãos quando a decisão de um órgão possa ser legalmente revista por outro superior.

Diferentemente, entre as entidades da **Administração Pública Indireta** e os órgãos da Administração Direta existe um **vínculo de supervisão**. Juridicamente não há hierarquia, uma vez que não seria possível que um órgão (sem personalidade jurídica) tivesse domínio sobre uma pessoa jurídica capaz.

Assim, não há exercício direto do poder de comando, controle, revisão e disciplina entre um órgão e uma entidade.

Veja o **art. 26 do Decreto-lei 200/67**.

Processo de descentralização

A Administração Indireta é construída por um **processo de descentralização**, por meio do qual a União (pessoa jurídica de direito público interno) criar outras pessoas jurídicas.

O **Decreto-lei 200/67** tentou definir a Administração Indireta:

> Art. 4º, II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:
>
> a) Autarquias;
> b) Empresas Públicas;
> c) Sociedades de Economia Mista.
> d) fundações públicas.

Contudo, em seu art. 5º, o Decreto-lei apresenta imprecisões técnicas que não se ajustam a realidade atual.

A **Constituição Federal** regulamentou o processo de descentralização:

> Art. 37, XIX - somente por lei específica poderá ser criada **autarquia** e autorizada a instituição de **empresa pública**, **de sociedade de economia mista** e **de fundação**, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;.

Isto quer dizer que para a criação de cada autarquia haverá uma lei específica que a institui. Diferentemente, as empresas e as fundações serão criadas pelo Estado de acordo com a legislação civil depois que uma lei específica autorizar sua criação.

Leituras:
CARVALHO, R. M. U. De. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. Salvador: JusPodivm, 2008. Cap. VI
CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo.* 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Cap. IX
JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo. rev. e atual.* São Paulo: Saraiva, 2008. Cap. V

Autarquias

Funções exclusivas de Estado

O que é função administrativa?
Quais são as funções típicas do Estado?

Classificação das Autarquias

Autarquia funcional
Autarquia de serviço
Autarquia de regulação (ou agências reguladoras)
Autarquia territorial (regiões metropolitanas, RIDE etc)
*Consórcios públicos (Lei 11.107/2005)
* Conselhos regionais de profissão

Fundações

Ordem social e Funções não exclusivas

> **CF. art. 193**. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Classificação das Fundações

Fundações Públicas
Fundações Públicas de regime público
Fundações Públicas de regime privado *
Fundações Públicas de regime estatal *
* Fundações privadas
* Fundações privadas de apoio

Empresas estatais

Ordem econômica

> **CF. art. 173.** Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

A exploração de atividade econômica é atividade típica da Administração Pública?

Classificação das Empresas Estatais

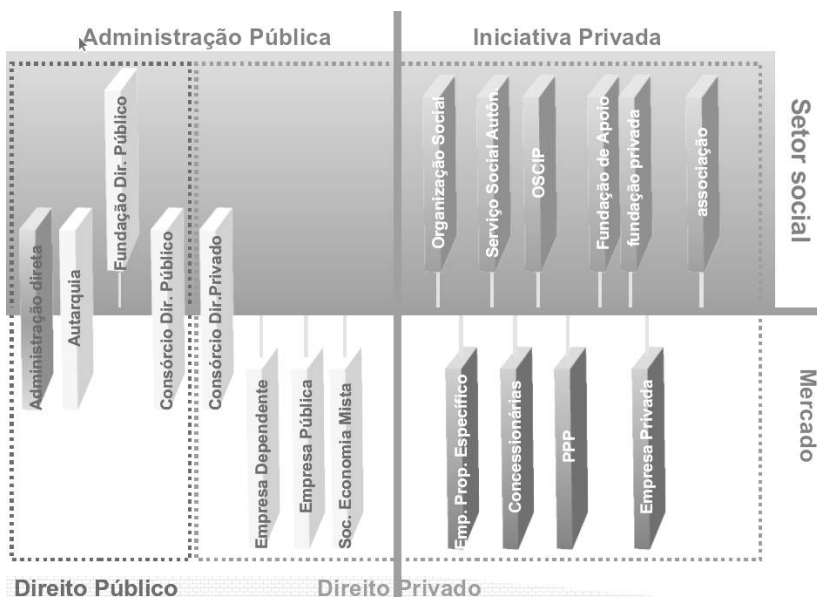
Empresa pública
Sociedade de Economia Mista
* Empresa dependente do Tesouro: LRF, art. 2º, III *
* concessionário de serviço público *
* sociedade de propósito específico *

Acesse a página do Ministério do Planejamento para conhecer a relação das empresas estatais federais

Quadro geral dos formatos jurídicos:

Estude comparativamente os formatos jurídicos considerando os campos de atuação do Estado, do mercado e da sociedade.

BRASIL. Ministério do Planejamento: **http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/fundacao_estatal/arquivos/070718_PFE_Arq_formatos.pps**

Gradiente dos formatos jurídicos:

[d] Novos vínculos administrativos

Privatização e publicização

A **Administração Pública** é composta de **órgãos (administração direta)** e **entidades (administração indireta)**.

Esses arranjos podem atuar
[a] em atividades exclusivas de Estado (primeiro setor),
[b] em atividades produtivas de mercado (segundo setor) ou
[c] em atividades de promoção da ordem social (terceiro setor).

Essa tipologia dos setores advém da divisão entre os campos do
[1] **Estado** (primeiro setor),
[2] **Mercado** (segundo setor) e
[3] **Sociedade Civil** (terceiro setor).

É comum denominar o terceiro setor como o campo **"público não estatal"**, ou seja, entidades e atividades de interesse público mas que não fazem parte da estrutura da administração pública estatal, nem direta tampouco indireta.

Dois processos são fundamentais para compreender os novos vínculos do Estado:

[a-b] Privatização
[a-c] Publicização

Leituras:
PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. (Cap. 6 e 8)
CARVALHO, R. M. U. De. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. Salvador: JusPodivm, 2008. Cap. VII
DIAS, Maria Tereza F. *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Sistema S

O **Sistema 'S'** é formado entidades **privadas** que foram **criadas por lei** para promover a ordem social para categorias econômicas específicas.

A manutenção das entidades do Sistema 'S' é feita por meio de **contribuições parafiscais**, arrecadadas compulsoriamente de categorias econômicas.

Contudo, esses valores não são geridas pelo Estado; mas, sim, diretamente pelas entidades privadas. São exemplos:

SENAI: http://www.senai.br
SESI: www.sesi.org.br
SEBRAE: http://www.sebrae.com.br/
SENAT: http://www.sestsenat.org.br/Paginas/Index.aspx
SENAR : http://www.senar.org.br/novo/

OSCIP

Organização da Sociedade Civil de Interesse Público é uma **entidade privada sem fins lucrativos** que, uma vez cumpridos os requisitos legais, recebe a **qualificação especial** de OSCIP.

O processo para tal a qualificação é regulado pela Lei 9790/99.

Logo, OSCIP é um **título** que é atribuído a uma pessoa jurídica de direito privado já existente e que tem como finalidade a promoção da ordem social (Lei 9790/99, art. 3º).

O principal incentivo para as OSCIPs é poder celebrar **Termo de Parceria** com o Estado e, assim, receber recursos financeiros para a sua atividade (Lei 9790/99, art. 9 a 15).

Clique aqui: Instruções do Ministério da Justiça para receber a qualificação de OSCIP:

http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ0FA9C8DBITEMIDB54EE78E2719487296BCF45864F4789DPTBRNN.htm

Para mais detalhes, leia: BRASIL. Ministério da Justiça. **Manual de Entidades Sociais**. Brasília, 2007. (pp.13-21) 3,4MB

Entidade de utilidade pública

Diferentemente, as entidades de utilidade pública são **entidades privadas** que recebem o título de **"utilidade pública"**, de acordo com a Lei 91/1935.

A concessão do título de utilidade pública não leva imediatamente a concessão de qualquer benefício por parte do Estado para a entidade titulada.

Contudo, este título pode autorizar a concessão de isenções fiscais e subvenções sociais, caso a entidade cumpra com outros requisitos legais.

Para mais detalhes, leia: BRASIL. Ministério da Justiça. **Manual de Entidades Sociais**. Brasília, 2007. (pp.23-30) 3,4MB

Quais são as entidades de utilidade pública de seu município?

Entidade filantrópica

Entidades filantrópicas são **entidades privadas** que atendem os requisitos da Lei 12.101/2009 e são certificadas pelo Ministério da Saúde, Ministério da Educação ou Ministério do Desenvolvimento Social, dependendo de sua área de atuação:

Saúde - Educação - Assistência social

A certificação como Entidade Filantrópica concede a **isenção de contribuições previdenciárias** em contrapartida aos benefícios sociais prestados à sociedade.

Organizações sociais

Organizações sociais são **entidades privadas** que atendem os requisitos da Lei 9637/99 e são livremente escolhidas pelo Estado para a celebração de um **Contrato de Gestão**.

As Organizações Sociais surgem no contexto da Reforma do Estado na década de 1990 e visavam à transferência das atividades de saúde e de educação, antes prestadas diretamente pelo Estado, para entidades privadas.

Atualmente, na esfera federal são poucas as organizações sociais qualificadas. No estado de São Paulo há uma tendência à celebração de contratos de gestão que têm por objeto a manutenção de serviços públicos de saúde e cultura.

> Organizações Sociais de Cultura qualificadas pelo Governo de São Paulo: http://www.cultura.sp.gov.br/
>
> Organizações Sociais de Saúde qualificadas pelo Governo de São Paulo: www.saude.sp.gov.br/

Terceiro setor

O termo "terceiro setor" não é uma qualificação legal específica, mas que nos remete a um conjunto de entidades da sociedade civil. Conheça o universo das ONGs no Brasil e em seu município.

Leituras:
IBGE. *As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil.* Brasília: IBGE, 2005.
VIOLIN, Tarso Cabral. Estado, ordem social e privatização. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* (RERE), nº 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008.
COUTINHO, Joana Aparecida. Organizações Não-Governamentais: o que se oculta no "não"? *Revista Espaço Acadêmico*, nº 24, maio, 2003.

A charge

UOL Charges. *"Daniel Dantas para as crianças"*. 2008:

http://charges.uol.com.br/2008/07/16/cotidiano-caso-daniel-dantas-para-criancas/

Liste os órgãos e as entidades citados; e

Identifique a função administrativa de cada qual.

A música

"Samba da ONG", de Meia Dúzia de 3 Ou 4:

Queria montar uma ONG/ Em Hanover não cabia/ Onde eu iria montar um projeto voltado pra pilantrofia?/ Um senador meu amigo me disse/ "Tem jeito, lhe arrumo o dinheiro"/ É só pedir pro prefeito isenção no imposto/ Mais verba e terreno/

Não pode ser muito longe/ De onde a ONG deve estar/ Tem que ter banco por perto/ E um boy bem esperto/ Só é pra retirar/ Queria montar uma ONG/ Em Hanover não cabia/ Onde eu iria montar um projeto bonito de pilantrofia?/ Defender uma causa nobre/ Mas desde que cobre pra ter garantia/ É um projeto bonito/ Com fortes tendências pra ecologia/ Se cê quiser ajudar e se lhe sobrar algum/ Agência 171/ E a conta-corrente, favor anotar/ 9-12-16/ Os ornitorrincos agradeceriam/ 3 meia barra 6/ Em Tegucigalpa o clima é terrível (muito ruim!) http://www.vagalume.com.br/meia-duzia-de-3-ou-4/samba-da-ong.html#ixzz1sQYfu7LZ

Qual é o problema da ONG?

Por que o Estado não faz o que a ONG faz?

Um filme

"Quanto vale ou é por quilo?", de Sérgio Bianchi: http://www.youtube.com/watch?v=ZawjFgDLI3Q

Assista ao filme e localize o Estado, seus órgãos e suas entidades.

Um caso

O prefeito de um município recém emancipado, ainda sem legislação própria, formula algumas questões pretendendo que você indique, para cada uma delas, a melhor solução de organização administrativa:

a) seria possível ele entregar a tarefa de lançamento e de arrecadação de impostos para um escritório de contabilidade de um vereador de sua confiança?

b) para cumprir uma promessa de campanha, como ele poderia retirar o serviço de água da secretaria municipal de obras e dar mais autonomia ao gestor do serviço, mas sem perder totalmente o controle.

c) como seria possível organizar sua prefeitura de modo que ele não tivesse que cuidar diretamente das creches com crianças menores de 6 anos nem do asilo de idosos.

Antes de resolver o caso, consulte a Lei10.863/2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos ministérios; e observe o art. 4º da Lei Delegada 119/2007 e da Lei Delegada 125/2007, ambas do Estado de Minas Gerais.

Procure discutir com seus colegas e conhecer os arranjos de seu município. Construa uma solução reunindo os conhecimentos das Unidades 1 e 2.

Unidade 3 Teoria do Ato Administrativo

Direito Administrativo.1
[Projeto e-Mídia]

Apresentação

Olá,

Na **Unidade 1** você conheceu o Regime Jurídico Administrativo e na **Unidade 2** você estudou diferentes processos de Organização Administrativa do Estado.

Agora, nesta **Unidade 3** vamos discutir como esse regime jurídico administrativo se manifesta cotidianamente. Nossa atenção se voltará para a manifestação de vontade dos diversos órgãos e entidades públicas por meio de **atos administrativos**.

Esta **Unidade 3** será dividida em:

[a] Fundamentos da Teoria do Ato Administrativo
[b] Elementos constitutivos do Ato Administrativo
[c] Características do Ato Administrativo
[c] Extinção dos Atos Administrativos

Durante o estudo reflita sobre:

Qual é a vontade do Estado?
Quais as diferenças entre a vontade do Estado e a vontade dos indivíduos?
Quais são os atos administrativos que interferem em sua vida?

Depois desta Unidade 3 você deve ter a competência de identificar os elementos constitutivos do ato administrativo e apontar soluções para os casos de extinção de atos administrativos viciados.

Bons estudos!
Prof. Rafael

Fato, ato, negócio

Vamos anotar algumas distinções fundamentais para nosso estudo:

[a] **Fato Jurídico**: é um evento, natural ou humano, que recebe alguma significação pelo mundo jurídico. Veja o exemplo do nascimento e morte de uma pessoa física. Para esses eventos o direito imputa diversas consequências relacionadas a direitos e deveres.

> **Lei 10.406/2002, Código Civil, art. 2º** - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

> **Lei 10.406/2002, Código Civil, art. 6º** - A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

[b] **Ato Jurídico**: o elemento distintivo do ato é a presença de uma vontade, que pretende modificar alguma relação jurídica. Atualmente, o Código Civil adotou a **negócio jurídico** como conceito central da Teoria das Obrigações. São exemplos clássicos de negócios jurídicos os contratos de direito privado, os testamentos, as sociedades e associações. Para ser válido o **negócio jurídico** requer:

> **Lei 10.406/2002, Código Civil, art. 104,** I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Para o estudo do Direito Administrativo, vamos adotar os termos:

[c] **Fato Administrativo**: toda manifestação da Administração Pública para a qual atribuímos um significado jurídico.

[d] **Ato Administrativo**: é a manifestação formal da vontade do Estado para dar cumprimento à lei e em observância ao regime jurídico administrativo.

[e] **Atos Jurídicos sob Regime Privado**: são manifestações do Estado quando despojado dos atributos públicos. Exemplos desses

são as compras de pequeno valor e pronto pagamento ou os atos típicos das empresas estatais quando em concorrência no mercado privado.

[f] **Atos de governo**: são atos com conteúdo político ou de soberania. Exemplos de atos de governos são as declarações de guerra e paz, a concessão de asilo ou indulto.

Conceito de ato administrativo

Você pode construir um conceito de **Ato Administrativo** a partir dos seguintes tópicos:

> **Declaração Jurídica (de uma vontade)**: o ato administrativo sempre será a manifestação da vontade do Estado. No nosso caso, o Estado está submetido ao Direito e vinculado à realização do interesse público.
>
> **Agente Estatal**: o ato administrativo será válido quando for construído por um agente público competente ou que tenha recebido poderes do Estado.
>
> **Regime de Direito Público**: o traço distintivo entre os atos jurídicos, em geral, e os atos administrativos, em especial, é que a esses serão aplicadas as normas do regime jurídico administrativo (ver Unidade 1).
>
> **Função Administrativa**: contudo, o ato administrativo deve ser distinto do ato legislativo (lei) e do ato jurisdicional (decisão judicial). O ato administrativo executa uma função administrativa, ou seja, pretende a realização dos comandos expressos na lei.

Leituras:

CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Cap.IV.
JUSTENFILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. Cap. VII.
MELLO, C. A. B. De. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: MALHEIROS, 2010. Cap. VII.

Formação do ato administrativo

Os atos administrativos podem receber diferentes qualificações quanto a sua constituição:

[a] **Perfeição**: são atos administrativos perfeitos aqueles que estão [conclusos, isto é, não dependem de qualquer condição, termo ou formalidade para sua **existência**. Um contraexemplo é um ato administrativo que ainda requer uma assinatura ou registro.

[b] **Validade**: a validade do ato administrativo diz respeito à sua conformidade com o direito (princípio da **legalidade**). Logo, o ato administrativo é válido se o foi construído segundo os princípios e as regras de direito público. Quando houver vício em algum dos seus elementos constitutivos, o ato administrativo perde a validade.

[c] **Eficácia**: é a capacidade de gerar efeitos jurídicos. Em regra, todo ato administrativo válido (conforme o direito) é eficaz. Ao contrário, será ineficaz o ato que já gerou todos os seus efeitos possíveis ou que tenha algum vício.

[d] **Eficiência**: é um princípio jurídico para verificar a adequação entre a utilização dos meios e os objetivos pretendidos. Será eficiente o ato administrativo que não for excessivo ou desproporcional, tanto em sua equação econômica quanto em sua condição humana.

[e] **Efetividade**: é a medida de adequação entre a ação estatal e as expectativas sociais. A efetividade é a guia para avaliar a **legitimidade** dos atos. Assim, são contrários à efetividades aqueles atos que não buscam a realização dos objetivos fundamentais do Estado (CF, art. 3º).

Espécies de ato administrativo

Os atos administrativos são todas as manifestações de vontade do Estado. Assim, há uma diversidade de nomes utilizados comumente. Todavia, não há uma tipologia legal das espécies, podendo diferir o conteúdo do ato em razão da organização administrativa adotada e

em razão dos arranjos federativos.

Pesquise exemplos no **Diário Oficial da União**: www.in.gov.br

Admissão
Concessão
Permissão
Autorização
Aprovação
Licença
Homologação
Decreto
Portaria
Alvará
Instrução
Aviso Circular
Ordem de Serviço
Resolução
Deliberação
Parecer
Ofício

Processo Administrativo

Uma vez compreendido o conceito de **ato administrativo**, podemos avançar nossa discussão para o **Processo Administrativo**.

O ato administrativo não existe isolado no mundo jurídico, mas é consequência de um processo administrativo. Por vezes esse processo administrativo é formalizado e tem uma legislação específica (por exemplo, licitações, licenciamento ambiental, parcelamento de solo etc). Outras vezes, o processo administrativo é simplificado ou resumido em formulários ou mensagens resumidas (por exemplo, pedido de vista de sua prova).

O conceito de Processo Administrativo é formulado a partir do encadeamento **lógico e legal** de atos administrativos. Ou seja, o Direito impõe uma sequência de atos ordenados para a obtenção de um fim específico - que será sempre a realização da **função administrativa**.

É recomendável a distinção quanto ao objeto:

[a] **Processo Legislativo**: tem por objetivo a elaboração de uma norma jurídica geral;

[b] **Processo Jurisdicional**: tem por objetivo a decisão concreta de um conflito jurídico entre parte;

[c] **Processo Administrativo**: tem por objetivo o interesse público por meio da realização da função administrativa;

Enquanto a Teoria do **Ato Administrativo** preocupa-se com os elementos constitutivos, o estudo do **Processo Administrativo** destaca as fases:

[1] **Instauração**
[2] **Instrução**
[3] **Decisão**

Consulte a **Lei 9.784/99,** que dispões sobre normas gerais de processo administrativo da União. Em especial, o **art. 2º**, ***caput*** **e seu parágrafo único.**

[b] Elementos do ato administrativo

Fundamentação

A Teoria do Ato Administrativo adota a identificação de cinco elementos constitutivos: **sujeito**, **forma**, **objeto**, **motivo e finalidade**. Esses elementos são referenciados pela Lei que regula a **ação popular**:

> Lei 4.717/65 **Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de**: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.
>
> Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:
>
> a) a **incompetência** fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
>
> b) o **vício de forma** consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

> c) a **ilegalidade do objeto** ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
>
> d) a **inexistência dos motivos** se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
>
> e) o **desvio de finalidade** se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Não se esqueça de anotar o fundamento constitucional desta garantia do cidadão:

> **Constituição Federal, art. 5º, LXXIII** - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Sujeito

O ato administrativo é a manifestação da vontade do Estado. Todavia, o Estado não é uma entidade monolítica; ao contrário, admite múltiplos arranjos administrativos (Unidade 2) e, para cada órgão é atribuída uma função administrativa e vinculados agentes públicos.

Desse modo, os agentes públicos recebem poderes especiais para realizar a função administrativa específica do órgão em que estão vinculados. Por isso, podemos concluir que **a competência é consequência do cargo ocupado**.

Dito de outro modo: o agente público somente pode realizar atos administrativos para os quais recebeu poderes legais específicos.

Veja o exemplo de competências do:

> **Presidente da República**: Constituição Federal, art. 84
> **Reitor da UFOP**: Estatuto da UFOP, art. 18

Não devemos confundir **competência legal** com **capacidade técnica**.

A **competência legal** é o poder-dever de realizar certos atos porque o direito assim o autoriza.

Por outro lado, a **capacidade técnica** diz respeito a qualificação profissional do servidor.

Na Administração Pública a **capacidade técnica** é averiguada no momento da admissão do servidor público. Por isso, pressupomos que todo servidor público competente detém capacidade técnica para o cargo que ocupa. Todavia, permanece o debate entre o instituto do **concurso público** e as **nomeações para cargos comissionados**.

A **competência legal** é consequência direta do **Princípio da Legalidade** (ver Unidade 1). Porque o Estado brasileiro é um Estado de Direito, seus agentes também estão submetidos ao direito e somente podem realizar atos administrativos para os quais tenham recebido autorização expressa em lei.

Em conjunto, o Estado é uma organização burocrática que segmenta e especializa as funções, os órgãos e os agentes. Logo, a **hierarquia** é o critério definidor do limite da competência de cada sujeito.

Por fim, o interesse público é indisponível, isto é, um sujeito não pode **delegar seus poderes** para outra pessoa - exceto em casos excepcionais e previstos em Lei.

Leia com atenção os **arts. 11 a 17 da Lei 9.784/99** e anote suas dúvidas.

Forma

Como visto na Unidade 1, o **Princípio da Publicidade** é orientador de toda a ação estatal. Haveria atos secretos, sigilosos ou reservados em um Estado Democrático?

Neste momento, quando estudamos os atos administrativos queremos pesquisar por quais **formas** a vontade do Estado se apresenta dentro da **Administração Pública** e para a **sociedade**.

A forma, portanto, é um dos elementos constitutivos do ato.

Havendo vício na forma, o ato administrativo não alcançará a sua perfeição. Exemplo disso, são os atos administrativos que não chegam a ser registrados ou publicados.

Todavia, bem aprendemos, a forma do ato nem sempre será **publicação em diários oficiais**. Ver o **Diário Oficial da União**.

Por vezes, vamos admitir a **oralidade**, como no Edital Microcrédito do Ministério da Cultura:

> "**3.3.3.** Para os proponentes que não dominam a língua escrita oficial, está prevista, opcionalmente, a inscrição oral via Formulário de Inscrição respondido e gravado em meio digital, CD ou fita cassete, a ser enviado para o mesmo endereço descrito no item 3.2."

Lembrando, sempre, que a **forma** (formalidade) garante a **segurança jurídica** necessária ao **Estado de Direito**.

Por outro lado, é recorrente na Administração Pública os **vícios de excesso** quanto os **vícios por omissão**.

> Há **vício de excesso** quando as formas exigidas para o ato administrativo são desproporcionais aos fins pretendidos. Tente compreender o passo a passo para retirar uma segunda via da Carteira Nacional de Habilitação.
>
> São **vícios de omissão** quando o agente público realiza um ato sem observar os requisitos previstos em lei. Por exemplo, quando comunica verbalmente o resultado de processos quando a lei exige sua publicação.

Você pode identificar exemplos de vícios de forma provocados pelas **disfunções da burocracia** e pelo **patrimonialismo**?

Objeto

O ato administrativo é uma declaração jurídica. Por isso, devemos distinguir A) o **objeto jurídico** do ato administrativo de B) seus **efeitos materiais** consequentes. Identifique essa diferença no ato administrativo abaixo:

PORTARIA Nº 61, DE 18 DE FEVEREIRO DE 2010

A SECRETÁRIA DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA DO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, no uso de suas atribuições, considerando as disposições do Decreto nº 5.820, e 26 de junho de 2006, e tendo em vista o que consta do Processo ° 53000.057501/2009, resolve: Aprovar o local de instalação e a utilização dos equipamentos da estação digital da TV DIÁRIO LTDA, concessionária do Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens, no município de Fortaleza, Estado do Ceará, utilizando o canal digital 23 (vinte e três). ZILDA BEATRIZ S. DE CAMPOS ABREU.

Qual é o objeto do ato administrativo? O conteúdo jurídico **cria, modifica ou extingue direitos e obrigações?**

O objeto do ato deve ser analisado em dois níveis:

Possibilidade Material: averiguar se os efeitos materiais do ato administrativo são factíveis.

Possibilidade Jurídica: averiguar se o ordenamento jurídico (conjunto de Constituição Federal, leis, regulamentos etc) autorizam expressamente o ato administrativo. Neste momento queremos indagar sobre a **licitude** e sobre a **moralidade** do ato administrativo.

Discricionariedade e Vinculação: qual a distinção entre os objetos possíveis aos atos discricionários e aos atos vinculados?

Motivo

Lembramos, mais uma vez, que o Estado não tem **vontade** própria; mas, ao contrário, está vinculado ao **princípio da legalidade**. Nessa trilha, o ato administrativo somente pode ser expedido se houver **motivo**.

Motivo de Fato: é a exposição dos **fatos** que indicam a necessidade de editar determinado ato. Logo, as chuvas imprevistas que devastam uma cidade são motivos fáticos para a decretação de calamidade pública.

> **Motivo de Direito**: é a exposição das **normas jurídicas** que autorizam aquele ato. Exemplo de exposição de motivos jurídicos você encontra no Caso apresentado no tópico das Atividades.

Tem-se consolidado a **Teoria dos Motivos Determinantes** que recomenda a necessidade de motivar todos os atos, isto é, expressar objetivamente os motivos fáticos e os motivos jurídicos que levaram a edição do ato administrativo.

Em consequência dessa Teoria, o gestor público passa a se vincular aos motivos indicados, de tal modo que a declaração falsa ou juízo inverídico sobre um motivo fático ou jurídico será causa para a **invalidação do ato**.

Essa é uma estratégia de evitar desvios dos **princípios gerais da Administração Pública**. Pois, uma vez expostos os motivos pode-se demonstrar desvios ou vícios de legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência. Você poderia indicar um ato administrativo que **omite seus motivos** ou que apresenta **motivos inverídicos**?

Leia com atenção o **art. 50 da Lei 9784**:

> Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
> I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
> II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
> III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
> IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
> V - decidam recursos administrativos;
> VI - decorram de reexame de ofício;
> VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
> VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.
> § 1o A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com

> fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.
> § 2o Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.
> § 3o A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito

Finalidade

A finalidade do ato administrativo deve ser sempre o **interesse público**. Na Unidade 1 discutimos as dificuldades de identificar o conteúdo do interesse público. Por isso, é importante que o sujeito demonstre objetivamente a finalidade do ato. Se o sujeito não o fizer, devemos buscar nos elementos outros elementos a caracterização da finalidade pública.

Ainda devemos destacar a diferença entre o **interesse público** e o **interesse estatal**. Por vezes, pode ocorrer conflito entre eles ou o segundo se sobrepor ao primeiro.

A finalidade do ato pode ser comprometida quando os princípios gerais da Administração Pública são violados. Identifique exemplos de violação de princípios do art. 37 da Constituição que levam ao desvio da finalidade.

Nosso contraponto da finalidade pode ser compreendida a partir das definições de **improbidade administrativa**. Leia os arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8429/1992

[c] Características do ato administrativo

Discricionariedade e vinculação

Os atos administrativos podem ser, inicialmente, diferenciados em razão de suas características de vinculação e de discricionariedade.

> **Vinculação**: a vinculação vai gerar um ato administrativo em que todos os cinco elementos constitutivos são previstos expressamente em lei.

Não cabe, portanto, qualquer **opção do gestor** público: constatados os requisitos legais, deve-se editar o ato. Exemplo típico de ato vinculado são as **licenças**.

Reflita sobre a licença para dirigir, licença para construir, licença para funcionamento de comércio etc. Igualmente vinculadas são as concessões de benefícios previdenciários e assistenciais.

> **Discricionariedade**: é um campo de escolhas autorizado pelo direito. Quando possível, a discricionariedade vai permitir que o agente público construa um ato administrativo fazendo escolhas possíveis quanto a identificação dos **motivos** e do **objeto**.

Logo, a discricionariedade não significa liberdade total: o **sujeito**, a **forma** e a **finalidade** são sempre "vinculados", porque previstos em lei e não podem ser alterados diretamente pelo servidor público.

Por fim, devemos distinguir a **discricionariedade**, que é um poder legal conferido a alguns gestores públicos; da **arbitrariedade**, que é uma ação ilícita não autorizada pelo direito.

Leituras:
MELLO, C. A. B. De. *Discricionariedade e controle jurisdicional.* São Paulo: Malheiros, 2007.
ARAÚJO, F. D. De. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2005. p. 206

Presunção de validade

Uma vez que adotamos o **Estado de Direito** e o **Princípio da Legalidade**, pressupomos que todos os atos emanados do Estado estão em conformidade com o Direito. Essa é a síntese da **presunção de validade**.

Todavia, esta presunção de legitimidade não é absoluta: todos os atos administrativos podem ter sua validade contestada em razão de vício em seus elementos constitutivos.

Mas, ainda assim, mantemos a consequência mais severa deste atributo: enquanto não for declarada sua nulidade ou suspensa sua eficácia os atos administrativos exigem obediência imediata.

Imperatividade

A **imperatividade** é uma característica que descreve o poder estatal de impor **obrigações unilateralmente** às pessoas. Esse atributo é consequência do **Interesse Público**, que é indisponível e se sobrepõe, por vezes, à vontade individual.

De modo a contrastar, lembre-se da regra típica do campo do direito privado: o contrato somente é válido entre as partes que o celebraram. Ou seja, entre os particulares, não é possível um sujeito impor ao outro uma obrigação contra sua vontade:

> **CF, art. 5º, II** - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei

Diversamente, o Estado pode impor obrigações aos sujeitos, mesmo sem sua concordância. Tome como exemplo as obrigações (condicionantes) impostas pelo Estado quando do licenciamento ambiental:

> **Resolução do CONAMA nº 237/97, licença ambiental** "*é o ato administrativo pelo qual o Poder Público, via órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental a serem cumpridas pelo empreendedor para a implantação de empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos naturais, efetiva ou potencialmente poluidoras*".

Exigibilidade

Consequência da imperatividade, a **exigibilidade** é a possibilidade que tem o Estado de liquidar as obrigações unilateralmente. Por esse atributo, o Estado pode, além de impor uma obrigação, pode exigir seu cumprimento por meio de coerção indireta, como **multa e restrições administrativas**.

Veja o exemplo de exigibilidade quando o Estado multa aquele que não cumpre a obrigação de correta destinação de resíduos sólidos ou quando o Estado limita a circulação de veículos em débito com o erário.

No campo do **direito privado**, quando uma obrigação não é cumprida, a parte descontente deve recorrer ao Poder Judiciário que exigirá o cumprimento da obrigação por meio de uma decisão judicial.

Autoexecutoriedade

Além de poder impor uma obrigação unilateralmente e exigi-la por mecanismos de coerção indireta, o Estado pode fazer uso do poder de **autoexecutoriedade** de seus atos. Isto é, fazer cumprir a "força" a obrigação imposta. Caso clássico, quando o Estado impõe restrições a engenhos de publicidade e quando não obedecida à ordem, a força de autoexecução autoriza a retirada pronta e imediata dos empecilhos visuais.

Os casos de execução direta e forçada são sempre exceção no nosso sistema jurídico. No **direito privado** uma das poucas exceções de satisfação direta e forçada é o denominado **desforço imediato**:

> **Lei 10.406/2002, Código Civil,art. 1.210 § 1º** O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Para todos os outros conflitos, o particular deve recorrer ao Poder Judiciário para satisfazer seu direito. Diferentemente, o Estado pode executar suas ordens diretamente, sem depender de uma **decisão judicial**.

[d] Extinção do ato administrativo

Fundamentação

> **Súmula do Suprema Tribunal Federal, nº 473**: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

> **Lei 9784/1999, Art. 53.** A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Revogação

O instituto da **revogação** indica uma reavaliação sobre os elementos do ato administrativo. Essa reavaliação importa em um segundo juízo de **conveniência** e de **oportunidade** para a edição do ato. A conveniência diz respeito a adequação entre o interesse público e a ação estatal; ao lado, a oportunidade refere-se ao momento temporal mais adequado para a edição do ato.

Pelo exposto, a conveniência e a oportunidade estão associadas ao **princípio da proporcionalidade**, o qual pode ser decomposto em: *necessidade de intervenção, adequação dos meios, vedação de excesso, e razoabilidade.*

A **revogação** é um **ato administrativo**; por isso, devemos observar os cinco elementos da revogação:

> **Sujeito do ato de revogação**: deve ser o mesmo sujeito competente que editou o ato a ser revogado ou o seu superior hierárquico - respeitando, claro, as vedações e os limites de competência de cada órgão.
>
> **Forma**: a revogação deve adotar a mesma forma do ato revogando - inclusive a mesma publicidade.
>
> **Objeto**: somente pode ser revogado o ato administrativo VÁLIDO, ou seja, que percorreu todas as etapas para sua edição e alcançou a conformidade com o direito. Não há que se falar de revogação de ato viciado ou que já esgotou todos os seus efeitos.
>
> **Motivo**: o motivo para revogação é uma reavaliação da conveniência e da oportunidade. Logo, o motivo fático da revogação está em constatar a inadequação passada ou presente entre o ato administrativo e o interesse público. O motivo jurídico encontra-se na Lei Geral de Processo Administrativo, bem como em dispositivos esparsos.

Finalidade: é o interesse público que será melhor satisfeito se retirado o ato administrativo do mundo jurídico.

Efeitos: a revogação gera efeitos a partir de sua edição - dizemos que os efeitos são *ex nunc*, isto é, não retroagem.

Limites

Direito Adquirido: preservam-se os direitos adquiridos em razão do princípio da segurança jurídica e da boa-fé objetiva.

Atos exauridos: atos administrativos que já esgotaram seus efeitos não são atingidos por revogação.

Atos vinculados: não há possibilidade de avaliar conveniência e oportunidade de atos vinculados.

Meros atos de expediente: são atos administrativos simples que se esgotam imediatamente e servem tão somente ao processamento interno da administração - sem repercussão para os administrados.

Anulação

A **anulação** é ato administrativo que declara a existência de ilegalidade de outro ato administrativo. Vamos trabalhar com a hipótese de anulação quando aceitamos o atributo de **presunção de validade** e a possibilidade de um ato nulo gerar efeitos jurídicos (*sic*).

A anulação, portanto, é uma declaração sobre a desconformidade do ato com o Direito. Dito de outro modo: é uma declaração sobre a **validade jurídica** do ato.

Vamos analisar os elementos necessários para a declaração de nulidade:

Sujeito: a anulação pode ser feita diretamente pela Administração Pública. Nesse caso, vemos a aplicação do princípio da **autotutela**, isto é, a própria Administração age **de ofício**, seja por meio do sujeito que provocou o primeiro ato ou por órgãos hierarquicamente superiores.

Ou ainda, a anulação pode ser feita pelo **Poder Judiciário**. Mas, aqui, há necessidade de **provocação** por meio de uma ação judicial (mandado de segurança, habeas corpus, habeas data, ação civil pública, ação popular etc.)

> **Forma**: em regra, adota-se a mesma forma do ato a ser invalidado; respeitando, sempre que possível a formalização de um processo administrativo ou judicial para a demonstração objetiva dos vícios apurados.
>
> **Objeto**: da declaração de nulidade será um ato administrativo inválido, isto é, que apresenta algum vício de competência, de forma, de objeto, de motivo ou de finalidade. Veja, o **art. 2º da Lei 4717**.
>
> **Motivos**: serão aquelas constatações fáticas e jurídicas de inconformidade do ato com o direito. Os princípios da legalidade, da autotutela e da segurança jurídica nos orientam para a motivação da declaração de nulidade.
>
> **Finalidade**: é o interesse público de manter o Estado dentro do campo da legalidade, isto é, preservar o Estado de Direito e os direitos fundamentais.
>
> **Efeitos**: dizemos que a nulidade gera efeitos ***ex tunc***, ou seja, a declaração de nulidade vai desconstituir os efeitos gerados desde o primeiro momento do ato nulo. Enfim, os efeitos da nulidade **retroagem** no tempo.

Limites: atenção para o **art. 54 da Lei 9784/99**:

> art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.
>
> § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.
>
> § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Convalidação

Todavia, em alguns casos podemos admitir que os efeitos gerados pelo ato administrativo anulado gerou efeitos jurídicos que serão preservados **(!)**. Para esses casos surge a possibilidade de **convalidação**.

A Lei 9784/99 estabelece alguns requisitos para a convalidação:

> Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem **lesão ao interesse público** nem **prejuízo a terceiros**, os atos que apresentarem **defeitos sanáveis** poderão ser convalidados pela própria Administração.

Deste fundamento surgem as hipóteses de **reedição, retificação, ratificação, confirmação**

Defeitos sanáveis: qual dos seguintes elementos defeitos podem ser sanáveis: incompetência do sujeito; vício de forma; objeto ilícito; motivos inexistentes; desvio de finalidade**?**

Por fim, devemos discutir as opções entre

> **Poder-dever de invalidade**
>
> **Poder-dever de convalidar**

Reflexões

O Diário

> a) Acesse o **Diário Oficial da União**: http://portal.in.gov.br/
> b) Escolha um **órgão** ou uma entidade da Administração Pública Federal
> c) Escolha um **ato administrativo**
> d) Copie e cole em seu caderno de anotações
> e) Identifique os cinco **elementos** constitutivos do ato administrativo escolhido: *sujeito, forma, objeto, motivos, finalidade*

Reflita por que o ato administrativo realiza os **Princípios Gerais da Administração Pública** (CF, art. 37 caput): legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência

Um caso

Leia os dispositivos, discuta com colegas e esresolva o caso:

> **Decreto-lei 84/1940 – Regulamento de obras de Belo Horizonte**, art. 11 - A licença para qualquer construção, demolição, reforma, modificação e acréscimo de edifícios, ou suas dependências, muros, gradis, balaustradas, depende de prévia aprovação, pela Prefeitura, dos planos e projetos das respectivas obras, na forma adiante estabelecida.
>
> **Lei 4771/1965 – Código Florestal**, art. 2° Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: 1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
>
> **Lei Municipal 9074/2005 – Regularização de parcelamentos e edificações**, art. 14 - Não é passível de regularização, para os efeitos da aplicação do disposto nesta Lei, edificação que: I - esteja implantada em área de risco, em área considerada *non aedificandae*, em área pública, inclusive a destinada a implantação de sistema viário ou em área de projeto viário prioritário, nos termos da legislação urbanística;
>
> **Decreto Municipal 11984/2005 – Regulamenta a Lei 9074/2005**, art. 10 - Poderão ser regularizadas as edificações comprovadamente existentes até 19 de janeiro de 2005, que estejam em desconformidade com os parâmetros da legislação urbanística municipal

João José apresentou para a Secretaria Municipal de Regulação Urbana, em 01/06/2007, um projeto para construção de uma casa em um terreno de sua propriedade às margens de um córrego na Região da Pampulha. O Secretário Adjunto de Regulação Urbana aprovou o projeto e concedeu licença para construir em 30/06/2007. Contudo, dias depois, em 15/07/07, o Secretário de Regulação Urbana retornou de férias e revogou a licença para construir alegando interesse público. João José não sabe o que fazer e tem medo de ser removido do local que mora há mais de dez anos. Por isso, pede sua ajuda.

Unidade 4 Licitações e Contratos Administrativos

Direito Administrativo.1
[Projeto e-Mídia]

Apresentação

Olá,

Na **Unidade 3** você estudou os fundamentos da Teoria do Ato Administrativo, seus elementos e suas hipóteses de invalidação. Nosso estudo ainda apontou para o encadeamento lógico e normativo de atos, que resulta em um conceito de **processo administrativo**.

Nesta **Unidade 4** o objeto principal será um tipo específico de processo administrativo (**processo de licitação**) e sua consequência imediata (**contrato administrativo)**.

A **Unidade 4** apresenta os seguintes tópicos:

[a] Fundamentos das Licitações
[b] Tipos e modalidades de Licitação
[c] Contratos Administrativos

Durante o estudo reflita sobre:

Por que o Estado realiza compras de bens e serviços?
Por que as compras realizadas pelo Estado são diferentes daquelas realizadas por empresa privada?
Quais são os interesses da sociedade em relação às compras públicas?

Ao finalizar o estudo desta Unidade 3 você conhecerá os principais tipos e modalidade de licitação, bem bom saberá apontar as distinções entre um contrato administrativo e um contrato particular.
Para servir de base para o seu estudo, recomendo acessar o **Manual de Licitações e Contratos**, elaborado pelo **Tribunal de Contas da União.**

Bons estudos!
Prof. Rafael

Conceitos

Para construirmos o conceito de licitação leia com atenção o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, decompondo cada um dos termos ali mencionados:

> **Constituição Federal, art. 37, XXI** - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Depois, leia o **Manual de Licitações e Contratos, do TCU**, para responder as questões:

> O que é licitar?
> Por que licitar?
> Quem deve licitar?
> Como licitar?

Acrescente, ainda, ao seu conceito de Licitação os seguintes tópicos:

> **Processo administrativo**: encadeamento lógico e formal de atos administrativos que pretendem, em conjunto, um fim específico
>
> **Administração Pública**: há diversos arranjos possíveis para a Administração Pública **Direta e Indireta**. Todavia, devemos atentar para a natureza diferenciada das **empresas estatais** e o objetivo do **art. 173** da Constituição Federal
>
> **Objeto**: alienar e adquirir; vender e comprar; bens e serviços
>
> **Agentes econômicos**: o processo de licitação é conduzido pelo **Estado** mas direcionado a participação de agentes de **mercado**.

Concorrência: o princípio da concorrência em licitação pretende garantir tanto a isonomia quanto a impessoalidade

Interesse Público: o interesse público específico do processo de licitação é selecionar a melhor proposta. Lembrando que melhor proposta pode ser: menor preço, melhor técnica, maior desconto, maior lance etc.

Leituras:

CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Cap. VI.
JUSTENFILHO, M. *Curso de Direito Administrativo. rev. e atual.* São Paulo: Saraiva, 2008. Cap. VIII.
MELLO, C. A. B. De. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: MALHEIROS, 2010. Cap. IX.
TCU - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Licitações & Contratos*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: www.tcu.gov.br/

Fundamentos legais

No campo do **Direito Privado** há o princípio da autonomia da vontade, que permite aos sujeitos contratarem livremente, com observância, é claro, dos limites legais.

> **Lei 10.406/2002, Código Civil, art. 421**. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. **art. 422**. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Diferentemente, no campo do **Direito Público** impera o princípio da legalidade, pelo qual o Estado está obrigado a realizar processos administrativos previamente a contratação de bens e serviços.

> **Constituição Federal, art. 37, XXI** - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Para detalhar o processo de licitação, foi aprovada a Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei 8.666/93. E mais recentemente, a Lei 10.520/2002 criou a modalidade de licitação Pregão.

Contudo, o Estado brasileiro adota a forma **federativa**, que garante a **autonomia política e administrativa** da União, dos estados-membros e dos municípios. Por isso, é possível aos entes federados elaborar regras próprias de licitações, respeitando as regras gerais impostas pela Lei 8.666/93.

Ainda no texto constitucional, o **art. 175** exige a realização de licitações previamente a concessão ou permissão de serviços públicos. Por isso, importante acessar:

Lei 8.987/1995, que regulamenta o art. 175 da Constituição
Lei 9074/1995, que complementa a Lei 8987/95
Lei 11079/2004, que regulamenta a contratação de parcerias público-privadas

Princípios

A Administração Pública deve atuar segundo o **regime jurídico administrativo**. Por isso, retorne a **Unidade 1princípios gerais da Administração Pública**. e revise os

A Lei 8.666/93. lista princípios específicos para as licitações:

> Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a **seleção da proposta mais vantajosa** para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional**, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da **legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos

Reelabore o conteúdo de cada um desses princípios. Para tanto, leia um dos manuais de direito administrativo indicados:

> **isonomia**
> **seleção da proposta mais vantajosa**
> **promoção do desenvolvimento nacional**

legalidade
impessoalidade
moralidade
igualdade
publicidade
probidade administrativa
vinculação ao instrumento convocatório
julgamento objetivo

Anote, ainda, o **princípio do controle social** que garante o direito público subjetivo de **acompanhar** (Lei 8.66693, art. 43§1) e de **impugnar** (Lei 8.66693, art. 15§6; art. 41§1).

Acesse os portais de compras para acompanhar as licitações:

Portal de Compras do Governo Federal:
http://www.comprasnet.gov.br/
Portal de Compras do Estado de Minas Gerais
http://www.compras.mg.gov.br/

Em atenção ao princípio de **promoção do desenvolvimento nacional** (Lei 8.66693, art.3º) e de **"tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte"** (CF, art. 170, IX), a Lei Complementar 123/2006 criou benefícios especiais para micro e pequenas empresas interessadas em contratar com o Estado.

Os benefícios incluem os instrumentos de empate fictício; licitação restrita; obrigação subcontratar microempresa; reserva objeto a micro e pequenas empresas; etc.

[b] Licitações

Dispensa e inexigibilidade

Pressuposto Lógico de Licitação

Os bens e serviços que o Estado pretende contratar são **objetos comuns** no mercado. Ou porque há diversas opções do mesmo objeto ou porque há diversos fornecedores do mesmo bem ou serviço.

Em alguns casos, o Estado pretende comprar **objetos singulares**, isto é, objetos que não são comuns no mercado, seja por uma característica histórica seja por um aspecto subjetiva. Há hipóteses,

ainda, em que o bem ou serviço desejado pelo Estado somente pode ser fornecido por um **único fornecedor** ou cuja notoriedade do fornecedor o destaca no meio do mercado.

Para os casos em que há limitações do pressuposto lógico da licitação, o direito autoriza a contratação por meio de um **processo de inexigibilidade**.

Leia com atenção do art. 25 da Lei 8.666/93, que traz um elenco exemplificativo das hipóteses de **inexigibilidade** de licitação:

> **Lei 8.666/93,, art. 25.** É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
>
> I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
>
> II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
>
> III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Pressuposto Jurídico de Licitação

Há casos em que é possível a realização de processo de licitação, porque os objetos pretendidos são comuns no mercado ou porque há diversos fornecedores do mesmo objeto, porém, o direito autoriza a contratação direta. **São** esses os casos de **dispensa de licitação**.

O art. 24 da Lei 8.666/93 indica, de forma taxativa, os casos em que é possível a licitação, mas o gestor público tem a discricionariedade de realizar a contratação direta. Leia com atenção esse art. 24 e

anote os casos de dispensa por pequeno valor; emergência; licitação fracassada; intervenção na economia; oferta incompatível. Tente classificar as hipóteses do art. 24 segundo os motivos determinantes:

> **a) valor;**
> **b) pessoa;**
> **c) objeto; e**
> **d) situação**

Todavia, as hipóteses de inexigibilidade ou de dispensa não conduzem o Estado à autonomia da vontade ou à liberdade de escolha. O art. 26 da Lei 8.666/93 exige a formalização de um **processo administrativo para as contratações diretas motivadas por inexigibilidade ou por dispensa**:

> **Lei 8.666/93, art. 26, parágrafo único**. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
> I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
> II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
> III - justificativa do preço.
> IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Tipos de licitação

Os processos de licitação podem ser classificados em razão dos **critérios de julgamento das propostas**. Leia o art. 45§1º, da Lei 8.666/93 e defina, a partir de suas leituras, o que são os **tipos**:

> **Menor preço**
> **Melhor técnica**
> **Técnica e preço**
> **Maior lance**
> **Maior desconto**

Modalidades de licitação

As **modalidades de licitação** são processos definidos em lei, diferenciados em razão do **objeto** e do **valor**. A Lei 8.666/93, em seu art. 20, estabelece cinco modalidades:

I - concorrência;
II - tomada de preços;
III - convite;
IV - concurso;
V - leilão.

As três primeiras modalidades são diferenciadas em razão do **objeto** e do **valor**:

Se obras e serviços de engenharia:

I - concorrência: acima de R$1.500.000.00
II - tomada de preços: até R$1.500.000,00
III - convite: até R$150.000,00

Todos os demais objetos:

I - concorrência: acima de R$650.000,00
II - tomada de preços: até R$650.000,00
III - convite: até R$80.000,00

As modalidades também se diferenciam em razão do prazo de divulgação do edital:

45 dias: concorrência em regime de empreitada integral; ou pelo tipo melhor técnica; ou pelo tipo técnica e preço
30 dias: concorrência simples; ou tomada de preços do tipo técnica e preço ou do tipo melhor técnica
15 dias: tomada de preços simples
5 dias úteis: convite

A essas, devemos acrescentar a modalidade especial de **Pregão**, definida pela Lei 10.520/2002, tanto em formato presencial, quanto em formato eletrônico.

O pregão exige um **prazo de divulgação** do edital de, no mínimo, **8 (oito) dias úteis**.

Leia com atenção os **arts. 3º e 4º** da Lei 10.520/2002 e elabore um **fluxograma** do processo de **pregão**.

Você conhece a diferença entre **Comissão de Licitação** e **Pregoeiro?**

Acesse o **art. 51 da Lei 8.666/93** e o **art, 3º, I e §1º da Lei 10.520/2002**.

Preparatória

É a fase inicial do processo em que são reunidos: pedidos, justificativa, detalhamento do objeto, motivação. É o momento também de declarar a existência de dotação orçamentária e de se elaborar a minuta de Edital.

O **Edital** deve conter o **detalhamento do objeto**, **das condições de participação e dos critérios de julgamento**. As disposições do Edital vinculam toda a ação da Administração Pública, de tal modo que não se pode alterar cláusula do edital sem a devida republicação e reabertura de prazos.

São **itens necessários ao Edital**: preâmbulo, indicação da modalidade e do tipo de licitação adotados, discriminação do objeto e termo de referência para a execução, estimativa de valor, regime de execução, prazos do processo de licitação e da execução do contrato, procedimentos para contratação e pagamento, e minuta do futuro contrato.

Publicização

É a fase que se inicia com a publicação do Edital. Atenção para os prazos diferenciados em razão da modalidade, tipo e objeto da licitação. Observe, ainda, que a publicização não deve se restringir a mera publicação em diário oficial.

Habilitação

É a etapa detalhada nos arts. 27 a 33 da Lei 8.666/93 e tem por finalidade constatar se os licitantes têm capacidade:

- Jurídica
- Técnica
- Fiscal
- Econômico-financeira
- Trabalhista

Julgamento

Etapa em que são ordenado os licitantes de acordo com os critérios estabelecidos no Edital. Esta etapa pode variar em razão do tipo e modalidade de licitação. No caso do pregão, o julgamento antecede a habilitação.

Recursos

Momento destinado a colher recursos dos licitantes e dos cidadãos. Observe que os pedidos de impugnação tem prazos definidos pelo edital, assim como os prazos para recursos dos licitantes em cada uma das etapas. Os recursos podem provocar uma revisão dos atos da Administração Pública ou mesmo a anulação de todo o processo administrativo.

Homologação

Se todo o processo transcorreu de acordo com o princípio da legalidade e em observância ao Edital, a autoridade do órgão poderá homologar o processo, ou seja, confirmar os atos administrativos realizados até então para a escolha da melhor proposta. A consequência imediata do ato de homologação é a **adjudicação do objeto ao licitante vencedor**, isto é, a Administração Pública declara que o objeto que estava em disputa será entregue ao vencedor da licitação.

Contratação

A contratação é a formalização de um contrato administrativo para a execução do objeto pelo licitante vencedor.

Execução

A execução do objeto deve ser feita em atenção ao termo de referência do Edital e será fiscalizado por um servidor público especialmente indicado para essa função.

[c] Contratos Administrativa

Conceito e espécies

O **contrato administrativo** é diferente dos contratos particulares em razão de:

[a] Sujeito: Estado
[b] Objeto: função administrativa, necessidade pública, interesse público
[c] Regime jurídico: processo administrativo específico e prerrogativas públicas

Os contratos celebrados pela Administração podem ser:

Contrato administrativo
Contratos de rateio e contrato-programa (Lei 11.107/2005)
Convênios(Lei 8.66693, art. 116)
Termos de parceria (Lei 9.790/99)
Contrato de gestão (CF 37§8º; Lei 9.637/98)
Contrato típico de direito privado

Leituras:

CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Cap. V.
JUSTENFILHO, M. *Curso de Direito Administrativo. rev. e atual.* São Paulo: Saraiva, 2008. Cap. VIII.
MELLO, C. A. B. De. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: MALHEIROS, 2010. Cap. X.
TCU - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Licitações & Contratos*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: www.tcu.gov.br/

Princípios

Além dos **princípios gerais da Administração Pública** e dos **princípios específicos da licitação**, devemos conhecer alguns preceitos fundamentais para os contratos administrativos:

O **Princípio da Legalidade** será objetivado em cláusulas contratuais, de tal modo que o contratante não poderá exigir do contratado objeto diverso daquele descrito no Contrato. Igualmente, o contratado não poderá deixar de executar o contrato, sob pena de advertência, multa, declaração de inidoneidade.

A **Função administrativa** dos contratos administrativos é atender necessidades públicas. Por isso, o juízo de conveniência e oportunidade estará presente tanto no momento inicial da licitação quanto no decorrer do contrato.

O **Princípio da Função Social do Contrato** é norma tanto para os contratos privados quanto para os contratos administrativos. No caso da Administração Pública, o contrato administrativo deve atender o interesse público de satisfação de uma necessidade pública específica e, também, interesses públicos de promoção do desenvolvimento.

O **Princípio da Boa-fé objetiva** faz-se presente nos contratos administrativos. Pois a Administração Pública não pode obter vantagem indevida, ou mais claramente, não pode obter enriquecimento ilícito ou sem causa.

O **Princípio do Equilíbrio econômico-financeiro** é a garantia do equilíbrio entre as partes. Por isso, devemos fazer uma releitura do princípio da supremacia do interesse público (ou estatal) para compreender que as relações contratuais não podem se tornar abusivas.

Prerrogativas públicas

Prerrogativas públicas são poderes especiais da Administração Pública inseridos nos contratos administrativos. Tais prerrogativas são típicas dos **contratos administrativos**. Portanto, não são cláusulas comuns aos contratos celebrados entre particulares.

A **Lei 8.666/93** indica diversas **prerrogativas públicas** para:

a) Formalização do Contrato (arts. 58-59; e arts. 60-64)
b) Possibilidade de alteração contratual (art.65)
c) Rescisão unilateral do contrato (arts. 78-80)
d) Fiscalização da execução do contrato (arts. 66-77)
e) Hipóteses de penalidades administrativas (arts. 86-88)

Teoria do risco

Um contrato administrativo é celebrado observando as condições objetivas de seu tempo. Assim, se ocorrer alteração de uma das condições objetivas, abre-se a possibilidade de analisar as condições contratuais para manter o equilíbrio entre as partes.

A Teoria dos Riscos do Contrato Administrativo tenta orientar as hipóteses de reanálise e de alteração contratual.

Os riscos podem ser:

[a] Riscos ordinários: são riscos típicos de qualquer empreendimento privado e não geram direito a alteração contratual

[b] Riscos extraordinários: são riscos imprevistos ou inevitáveis que autorizam a revisão contratual

[c] Fato do príncipe: trata-se de alteração de norma geral, produzida pelo Estado, e superveniente a contratação, que torna excessivamente onerosa a execução do contrato segundo as cláusulas iniciais.

[d] Fato da administração: pode ocorrer que algum fato provocado pela Administração Pública torne a execução do contrato inviável ou excessiva. Tal fato pode ser lícito ou ilícito, mas em ambos os casos, o contratado não tem condições de evitar.

[e] Riscos econômicos imprevisíveis: aplica-se a Teoria da imprevisão, em que autoriza a exceção do contrato. Em regra, os contratos devem ser executados de acordo com as cláusulas iniciais (*pacta sunt servanda*). A Teoria da Imprevisão alerta-nos que as condições iniciais do contrato podem se alterar de modo imprevisível e tal imprevisão gera ônus excessivo a uma das partes (*rebus sic stantibus*). Acrescentamos a essa categoria os ***riscos naturais, caso fortuito, força maior***.

Exceção do contrato não cumprido

Em respeito ao princípio geral da continuidade do serviço, não pode o contrato deixar de executar o objeto. Por isso, dizemos que não há para o contratado o opção de deixar de executar a sua obrigação diante do inadimplemento da obrigação estatal. Veja a Lei 8.666/93 para conhecer hipótese de execução obrigatória:

[1] art. 78,XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

> **[2] art. 78, XV** - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

Equilíbrio econômico-financeiro

[a] Reajuste: aplicável quando riscos ordinários são considerados relevantes para execução do contrato e já são previstos desde o edital de licitação.

> **Lei 8666/93, art. 40** O Edital conterá (...) **XI** - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

> **Lei 8.666/93, art. 55.** São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

> **Lei 8.666/93, art. 65§ 8º** A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

[b] Revisão: aplicável para os riscos extraordinários e devem ser objetivamente demonstrados em processo administrativo.

Lei 8.666/93, art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: **I** - por acordo das partes: **d)** para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual

Reflexões

Licitações

a) Selecione 1 edital de licitação - preferencialmente de seu município;

b) Indique os seguintes elementos presentes no edital:

Órgão ou entidade licitante
Objeto da licitação
Valor estimado do objeto
Modalidade de licitação
Tipo de Licitação

c) Acompanhe as etapas da licitação e discuta com seus colegas os resultados do processo licitatório: Como ocorreu a sessão pública de licitação? Quais as informações da ata de reunião da licitação? Qual foi a proposta mais vantajosa? Por quê?

Sistema operacional:

Ubuntu 11.10

http://www.ubuntu.com/

Suíte de escritório:

LibreOffice 3.0

http://www.libreoffice.org/

Navegador de internet:

Firefox 10.0

http://www.mozilla.org/pt-BR/firefox/

Imagens

Wikimedia Commons

http://commons.wikimedia.org/

Legislação

Portal do Planalto

http://www4.planalto.gov.br/legislacao